

**UNIVERSITÉ DE
STRASBOURG**

EN COTUTELLE AVEC

**ALBERT-LUDWIGS-
UNIVERSITÄT FREIBURG i.
BREISGAU (ALLEMAGNE)**

ÉCOLE DOCTORALE DES SCIENCES JURIDIQUES
Centre d'Études internationales et européennes (CEIE)

THÈSE présentée par :
Valentine HAGENBACH

soutenue le : 8 mars 2023

pour obtenir le grade de : **Docteur**

Discipline/ Spécialité : Droit privé

**L'articulation des principes structurants de la coopération
judiciaire pénale de l'ELSJ – Une approche de droit européen,
français et allemand / Das Verhältnis zwischen den
strukturierenden Grundsätzen der justiziellen Zusammenarbeit in
Strafsachen im RFSR – Eine Annäherung aus der Sicht des
europäischen, französischen und deutschen Rechts**

THÈSE sous la cotutelle de :

Madame HAGUENAU-MOIZARD Catherine
Monsieur JESTAEDT Matthias

Professeur, Université de Strasbourg
Professeur, Albert-Ludwigs-Universität

RAPPORTEURS :

Monsieur CAHN Olivier
Monsieur BREITENMOSER Stephan

Professeur, Université CY Cergy Paris
Professeur, Universität Basel

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Madame BOUVERESSE Aude
Madame STARSKI Paulina

Professeur, Université de Strasbourg
Professeur, Albert-Ludwigs-Universität

Remerciements :

Je remercie très sincèrement Madame le Professeur Catherine Haguenu-Moizard et Monsieur le Professeur Matthias Jestaedt pour leur disponibilité, leurs conseils et leur écoute attentive et intéressée. Le bon déroulement de cette thèse n'aurait pas été possible sans eux.

Je veux aussi remercier Sabine Klostermann, sans l'aide de laquelle le résumé allemand de cette thèse n'aurait pas été aussi abouti.

Je souhaite remercier ma famille et mes amis qui m'ont permis de me concentrer sur mon travail mais aussi de rire et de me ressourcer lorsque j'en avais besoin. Ils sauront se reconnaître. Thomas mérite un merci particulier.

Je me permets enfin une pensée émue pour une personne qui m'est très chère et que j'ai perdu pendant cette période de travail. Elle m'a toujours soutenu, y compris dans ce projet.

SOMMAIRE :

| | |
|---|------------|
| Liste des abréviations | 4 |
| <u>INTRODUCTION</u> | 9 |
| <u>PARTIE I : L'articulation théorique des principes structurants : une adaptation au regard des droits fondamentaux</u> | 50 |
| CHAPITRE 1: L'approfondissement de la confiance mutuelle : de l'obligation formelle à l'exception concrète en vertu de la protection des droits fondamentaux | 51 |
| CHAPITRE 2: La relation variable des droits fondamentaux et du principe de primauté dans un système de protection multi-niveaux | 162 |
| <u>PARTIE II : Les enjeux actuels de la coopération judiciaire pénale : une cohérence globale difficile de l'articulation des principes structurants</u> | 279 |
| CHAPITRE 1: Un développement qualitativement variable de la protection autonome des droits fondamentaux dans le cadre du MAE et de la DEE | 280 |
| CHAPITRE 2: Le nouveau Parquet européen : la (dés-)articulation originale des principes structurants ? | 395 |
| <u>CONCLUSION DE THÈSE :</u> | 509 |
| <u>DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG :</u> | 511 |
| OUVRAGES | 578 |
| DOCUMENTS OFFICIELS | 605 |
| TEXTES DE DROIT | 609 |
| JURISPRUDENCES | 613 |
| TABLES DES MATIÈRES | 624 |

Liste des abréviations :

| | |
|-----------------|--|
| Abs. | Abstaz |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäische Union |
| <i>AJDA</i> | Actualité juridique droit administratif |
| <i>AJ Pénal</i> | Actualité juridique pénal |
| al. | alinéa |
| Art. | Artikel |
| AO | Abgabenordnung |
| ass. | assemblée |
| Beschw. | Beschwerde |
| Buchst. | Buchstabe |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| Cass. | Cour de cassation |
| Cass. crim. | Cour de cassation, chambre criminelle |
| <i>C.D.E</i> | Cahiers de droit européen |
| CE | Conseil d'état |
| CourEDH | Cour européenne des droits de l'Homme |
| ch. | chambre |
| CDFUE | Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne |

| | |
|---------------|--|
| CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| Coll. | Collection |
| Concl. | Conclusions |
| CC | Conseil constitutionnel |
| CEDH | Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales |
| CP | Code pénal |
| CPP | code de procédure pénale |
| DC | décision du Conseil constitutionnel |
| DC MAE | décision-cadre relative au manda d'arrêt européen |
| DEE | décision d'enquête européenne |
| DES | Delegierte Europäische Staatsanwalt |
| DFUE | droits fondamentaux de l'Union européenne |
| d. h. | das heißt |
| (dir.) | sous la direction de |
| directive DEE | directive relative à la décision d'enquête européenne |
| DUE | droit de l'Union européenne |
| EEA | Europäische Ermittlungsanordnung |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention |

| | |
|---------------|---|
| EU | Europäische Union |
| EU-... | de l'Union européenne |
| EUFinSchStG | Gesetz zur Stärkung des Schutzes der finanziellen Interessen der Europäischen Union |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| <i>EuGRZ</i> | Europäische Grundrechte-Zeitschrift |
| EuHb | Europäischer Haftbefehl |
| EU-Recht | Recht der Europäische Union |
| Eurojust | Agence européenne pour le renforcement de la coopération judiciaire |
| Europol | Office européen de police |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| GG | Grundgesetz |
| GR-Charta | Charta der Grundrechte der Europäischen Union |
| GVG | Gerichtsverfassungsgesetz |
| IRG | Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen |
| iVm | in Verbindung mit |
| JDL | juge des libertés et de la détention |
| <i>KriPoZ</i> | Kriminalpolitische Zeitschrift |
| LF | Loi fondamentale |
| MAE | mandat d'arrêt européen |

| | |
|-----------------|---|
| N.B. | nota bene |
| Nr. | Nummer |
| OLAF | Office européen de lutte anti-fraude |
| OLG | Oberlandesgericht |
| PE | Parlement européen |
| PED | Procureur européen délégué |
| PEDA | Procureur européen délégué assistant |
| QPC | question prioritaire de constitutionnalité |
| <i>RFDA</i> | Revue française de droit administratif |
| <i>RFDC</i> | Revue française de droit constitutionnel |
| RL | Richtlinie |
| Rn | Randnummer |
| Rs. | Rechtssache |
| <i>RSC</i> | Revue de science criminelle et de droit pénal comparé |
| <i>RTD Eur.</i> | Revue trimestrielle de droit européen |
| S. | Seiten |
| Sous-coll. | Sous-collection |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| StPO | Strafprozessordnung |

| | |
|--------------------|---|
| TFUE | Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne |
| TUE | Traité sur l'Union européenne |
| UE | Union européenne |
| unterstützende DES | unterstützende Delegierte Europäische Staatsanwalt |
| vgl. | vergleiche |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZStW | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |

INTRODUCTION :

L'Espace de liberté, de sécurité et de justice¹ constitue un des grands domaines de compétence partagée² et une politique à part entière de l'Union européenne³. L'Union cherche à offrir à ses citoyens « *un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle (...), de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène* »⁴.

Cet espace illustre la politisation de l'Union européenne et l'approfondissent progressif de l'intégration européenne⁵ malgré l'aspect parfois très technique de son droit⁶. L'Union européenne développe ainsi une politique relative à l'asile et l'immigration⁷, définit une politique de coopération judiciaire en matière civile⁸ mais cherche aussi à appréhender la matière pénale en tant qu'élément de cet espace⁹. L'Union européenne vise ainsi un « *niveau élevé de sécurité* » grâce à la mise en place d'une politique de coopération judiciaire en matière pénale¹⁰ et policière¹¹. Elle prévoit alors des mesures

¹ Titre V « L'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice » du TFUE. Ci-après « ELSJ ».

² Article 4(2) k) du TFUE.

³ P. BEAUVAIS, « Droit pénal de l'Union européenne - 1er septembre 2009 - 31 juillet 2010 », *RTD Eur.*, 2010, pages 721 à 744.

⁴ Article 3(2) TUE.

⁵ Cet aspect est visible dans le préambule du TUE, quinzième paragraphe « *Dans la perspective des étapes ultérieures à franchir pour faire progresser l'intégration européenne* ».

Voir aussi J.-S. BERGÉ, « L'ELSJ est l'avenir de l'UE ! », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2017/03/31/liberte-de-circulation/elsj-est-lavenir-de-lue/>, 2017, dernière consultation novembre 2019.

De manière générale, l'intégration européenne désigne le transfert volontaire d'une partie des compétences juridiques et de la souveraineté nationale des États membres à l'Union européenne. Il est question d'intégration économique et politique.

⁶ B. BRUNESSEN, « Le tropisme juridique du droit de l'Union », *Revue de l'Union européenne*, 2018, pages 103 à 112.

⁷ Annonce de la politique en question à l'article 67(2) TFUE, développée dans le Chapitre 2, « Politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration », du Titre V du TFUE.

⁸ Annonce de la politique en question à l'article 67(4) TFUE, développée dans le Chapitre 3, « Coopération judiciaire en matière civile », du Titre V du TFUE.

⁹ Voir F.-X. ROUX-DEMARE, « « L'Europe pénale » : une utopie réalisable », *Les Cahiers de la Justice* 2014/1 (N° 1), 2014, pages 117 à 130.

¹⁰ Chapitre 4, « Coopération judiciaire en matière pénale » du Titre V du TFUE.

¹¹ Chapitre 5, « Coopération policière », du Titre V du TFUE.

coordination et de coopération entre autorités policières, judiciaires et autres autorités compétentes afin de prévenir et lutter contre la criminalité, le racisme et la xénophobie¹².

La coopération judiciaire pénale de l'ELSJ est le résultat d'un travail de longue haleine, accompli dans le cadre de plusieurs organisations internationales et européennes¹³. La coopération est devenue nécessaire avec l'essor de la criminalité grave et transnationale, induite par le phénomène mondial de globalisation des échanges puis par les politiques de libre circulation au sein de l'Union européenne.

La coopération judiciaire pénale s'est dans un premier temps développée en droit international, selon un modèle de coopération intergouvernemental classique. Elle a notamment cherché à mettre en place un système d'extradition des personnes et d'échanges d'éléments de preuve¹⁴. C'est ainsi qu'ont été adoptés, au sein du Conseil de l'Europe, la Convention sur l'extradition de 1969 et ses protocoles de 1975 et 1978 ainsi que la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959 et ses protocoles de 1978 et 2004.

La Communauté européenne a ensuite cherché à l'améliorer et contraindre à une plus grande coopération judiciaire pénale entre les Etats membres. Dans le cadre communautaire, l'extradition et l'échange de preuve ont ainsi fait l'objet de la Convention sur la procédure simplifiée d'extradition du 10 mars 1995¹⁵ et d'une convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne du 29 mai 2000. Cela restait cependant sous la forme de conventions laissant une large marge d'appréciation à ces Etats¹⁶. En parallèle des enceintes communautaires, certains de ces Etats membres - la République fédérale d'Allemagne, la France, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas - ont également signé l'Accord Schengen¹⁷ puis sa

¹² Article 67(3) TFUE.

¹³ F.-X. ROUX-DEMARE, « « L'Europe pénale » : une utopie réalisable », *Les Cahiers de la Justice* 2014/1 (N° 1), 2014, pages 117 à 130.

¹⁴ C. FIJNAUT, *A peaceful revolution : the development of police and judicial cooperation in the European Union*, Cambridge, Antwerp et Chicago, Intersentia, 2019, 821 pages.

¹⁵ La Convention prévoit l'obligation pour les États membres de remettre les personnes recherchées à des fins d'extradition selon la procédure simplifiée qu'elle détermine, à la double condition que la personne concernée consente à son extradition et que l'État requis donne son accord.

¹⁶ C. FIJNAUT, *A peaceful revolution : the development of police and judicial cooperation in the European Union*, Cambridge, Antwerp et Chicago, Intersentia, 2019, 821 pages.

¹⁷ Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

convention d'application¹⁸. Ces textes prévoyaient la suppression graduelle des contrôles des personnes aux frontières intérieures entre les Parties contractantes. Cette suppression devait s'accompagner de mesures compensatoires en matière de sécurité, dont le développement de la coopération des États Schengen dans le domaine judiciaire¹⁹. À compter du 1^{er} mai 1999, alors qu'elle était originellement fondée sur le droit international et sur la défiance envers le système communautaire²⁰, cette coopération Schengen a été intégrée dans le droit de l'Union européenne par le traité d'Amsterdam²¹. Les compétences en matière d'acquis Schengen et son développement ont en grande partie été transférées à l'Union européenne et ont conduit à l'Espace européen de liberté, de sécurité et de justice²². Les racines « Schengen » de la coopération judiciaire pénale et la menace terroriste de l'époque marqueront l'ELSJ et expliqueront l'insistance première sur l'efficacité de la répression face au respect des droits fondamentaux²³. Suite aux attentats du 11 septembre 2001, la coopération judiciaire pénale de l'Union connaîtra un vrai bond en avant et la décision-cadre du 13 Juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen sera adoptée. La coopération judiciaire pénale de l'Union européenne va dès lors largement s'appuyer sur la technique de la reconnaissance mutuelle. Cette technique constitue un véritable dépassement de la coopération judiciaire classique, fondée sur le principe de requête.

La politique de coopération judiciaire *pénale* est, à ce titre, une des politiques plus abouties et intégrées de l'ELSJ. De par ses caractéristiques, elle est aussi particulièrement intéressante en tant que « loupe grossissante » des particularités et des besoins de cet espace ainsi que des tensions et des défis rencontrés lors du processus d'intégration.

¹⁸ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, du 19 juin 1990.

¹⁹ Article du site du Ministère fédéral des Affaires étrangères, « Historique et développement de l'Accord de Schengen », <https://www.auswaertiges-amt.de/fr/02-entree-sejour/01-accord-schengen/1242704>.

²⁰ H. LABAYLE, « Espace de liberté, de sécurité et de justice - Schengen : un espace dans l'impasse », *Europe* n°3, Mars 2016, dossier n°2.

²¹ Voir le protocole Schengen annexé au Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

²² H. LABAYLE, « Espace de liberté, de sécurité et de justice - Schengen : un espace dans l'impasse », *Europe* n°3, Mars 2016, dossier n°2.

²³ H. LABAYLE, « L'ELSJ dans la constitution pour l'Europe », *RTD Eur.*, 2005, pages 437 à 472.

H. LABAYLE, « Espace de liberté, de sécurité et de justice - Schengen : un espace dans l'impasse », *Europe* n°3, Mars 2016, dossier n°2.

La coopération judiciaire pénale de l'ELSJ se situe entre coopération et intégration. La coopération sous-entend un élément d'extranéité qui sera « européen » et se différencie de la simple coordination puisqu'elle permet une approche transnationale allant au-delà de la simple coexistence passive des ordres juridiques nationaux²⁴. Le caractère plus intégré de la coopération au sein de l'Union européenne implique qu'il existe certaines règles communes européennes à cette égard. Dans le cadre d'un ordre juridique autonome mais intégré, le droit de l'Union va rechercher la coopération la plus étendue, uniforme et efficace possible. À ce stade, la coopération policière²⁵ en matière pénale aurait également pu être un sujet d'étude intéressant afin d'observer le processus d'intégration européenne. La coopération judiciaire pénale semble cependant bénéficier d'un contexte politique et juridique peut-être plus propice à la poursuite du processus d'intégration²⁶. Il n'est notamment pas fait mention d'un « corps de police européen » ou d'une « police européenne » dans le discours politique ou en doctrine alors qu'il est fait référence aux « juges ordinaires de l'Union européenne ». L'intérêt particulier de la figure du juge qui, en plus d'être un instrument de la coopération et de l'intégration européenne, en sera aussi un acteur, un modulateur, a également confirmé le choix qui a été fait d'étudier la politique de coopération judiciaire pénale²⁷. Ensuite, bien que la politique d'immigration et d'asile eu encore été un sujet d'étude possible²⁸, la situation de crise actuelle l'empêche d'avoir un fonctionnement suffisamment normal et conduit souvent à des solutions d'urgence. Il semble alors difficile de pouvoir en tirer des enseignements concernant la stabilité et la progression de l'intégration européenne²⁹. Les éléments

²⁴ K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, Paris, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque de droit privé Tome n°597, 2020, 594 pages.

²⁵ Titre V, Chapitre 5 du TFUE.

²⁶ L'importance des relations individuelles et interpersonnelles en matière de coopération policière est un élément allant par exemple en ce sens. On peut notamment penser à la pratique du « tuilage » des membres des services de police lorsqu'il s'agit de remplacer les interlocuteurs de la coopération policière entre les États membres. Elle s'explique notamment par la crainte des fuites en matière d'enquête et de preuve.

²⁷ Voir plus en détail dans l'introduction *infra*.

²⁸ Titre V, Chapitre 2 du TFUE.

²⁹ On peut soulever l'absence problématique de refonte de la directive « retour » 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et l'emploi de sa « clause humanitaire » en tant que solution de dernier recours. La situation de crise fin 2022, lors du refus italien pendant plusieurs semaines de laisser les navires humanitaires amarrer dans ses ports est un exemple d'actualité parlant.

relatifs à l'intégration européenne dans le cadre de la politique d'immigration et d'asile se retrouvent par ailleurs dans celui de la coopération judiciaire pénale.

La coopération judiciaire pénale, telle qu'envisagée par l'UE au chapitre 4 du Titre V du TFUE, fait ensuite de l'autorité judiciaire un acteur essentiel et vise la lutte commune contre la criminalité transfrontière grave.

Le caractère judiciaire de la coopération renvoie en effet à ce qui est relatif à la justice et à son administration. La coopération judiciaire vise à alors faciliter au maximum l'action conjointe des juges ou des autorités judiciaires des différents Etats membres. La coopération judiciaire est initiée par un premier ordre juridique, requérant, et demandée à un second ordre juridique, requis. La coopération judiciaire apparaît à cet égard comme une extension de l'instance ouverte dans l'ordre juridique requérant dans l'ordre juridique requis de coopérer³⁰. La coopération judiciaire est un acte accompli pour les besoins d'une procédure relevant d'un ordre juridique différent³¹.

La coopération judiciaire pénale touche logiquement à la matière pénale, matière politiquement et juridiquement très sensible pour les Etats membres. La matière pénale visée concerne la lutte contre les infractions particulièrement graves qui revêtent une dimension transfrontalière³², tels que le terrorisme³³, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée³⁴. Le droit de la

³⁰ Éléments repris de la définition proposée chez K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, Paris, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque de droit privé Tome n°597, 2020, 594 pages. Résumé de Laurence Usunier, dans la Revue critique de droit international privé, 2021/3 (N° 3), pages 735 à 739. NB : Il arrive aussi que la demande de coopération émane d'une des parties à l'instance, plutôt que d'une juridiction ou autorité judiciaire de l'ordre juridique requérant.

³¹ Éléments repris de la définition proposée chez K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, Paris, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque de droit privé Tome n°597, 2020, 594 pages. Résumé de Laurence Usunier, dans la Revue critique de droit international privé, 2021/3 (N° 3), pages 735 à 739. NB : Le caractère « libre » de la coopération, présent dans le travail de l'auteure, est selon nous néanmoins sujet à relativisation.

³² Voir article 83(1), première phrase, TFUE.

³³ Le domaine spécifique de la lutte contre le terrorisme ainsi que les textes et instruments qui y sont *spécifiquement* dédiés sont parfois présentés comme relevant essentiellement du ressort des Etats membres et comme constituant un régime dérogatoire et exceptionnel mais il pourra y être fait référence lorsque cela s'avère pertinent dans le cadre des instruments de reconnaissance mutuelle. Voir en ce sens : I. BOSSE-PLATIÈRE « Chronique Action extérieure de l'Union européenne - La Cour confirme le rattachement de la lutte contre le terrorisme international et son financement à la PESC », *RTD Eur.*, 2013, page 118.

³⁴ Voir la liste donnée à l'article 83(1), deuxième phrase, TFUE. Cette liste est susceptible d'être élargie conformément à l'article 83(1), troisième phrase, TFUE.

coopération judiciaire pénale vise donc le noyau de la souveraineté des Etats membres. La politique de coopération judiciaire pénale ne peut alors être européanisée aussi facilement que la coopération judiciaire civile³⁵. La coopération judiciaire pénale de l'ELSJ est de ce fait très présente dans l'actualité juridique de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne a récemment rendu d'importants arrêts relatifs au mandat d'arrêt européen ou à la nouvelle décision d'enquête européenne dont l'utilisation soulève de nouvelles questions. Le nouveau Parquet européen, présenté comme la dernière étape en date en matière d'intégration de la coopération judiciaire pénale, a quant-à-lui récemment débuté ses activités.

La forme actuelle la plus répandue de la coopération judiciaire pénale dans l'ELSJ se caractérise principalement par des mesures de coopération entre autorités judiciaires fondées sur la technique de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale³⁶.

Si nécessaire, un rapprochement des législations pénales peut aussi être réalisé mais il n'est envisagé qu'en tant que complément³⁷. En outre, si une harmonisation existe, par exemple en matière d'infraction, celle-ci laisse en principe une marge d'appréciation et de transposition importante aux Etats membres. C'est *en soutien* à la reconnaissance mutuelle que des directives peuvent établir des règles procédurales minimales, relatives à l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres ; aux droits des personnes dans la procédure pénale ; aux droits des victimes de la criminalité ; ou à d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale³⁸. La coopération judiciaire pénale de l'Union européenne concourt ainsi à la réalisation de l'ELSJ « *dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres* »³⁹.

³⁵ F. MAIANI and S. MIGLIORINI, « One Principle to rule them all? Anatomy of Mutual Trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 7 à 44. La reconnaissance mutuelle est considérée comme plus objective, formelle et technique en matière de coopération judiciaire civile tandis qu'elle nécessite un élément de croyance plus profond dans le système pénal des autres Etats membres dans le cadre de la coopération judiciaire pénale.

³⁶ Article 67(3) TFUE.

³⁷ Article 67(3) TFUE.

³⁸ Article 82(2) du TFUE.

³⁹ Article 67(1) TFUE.

L'article 67 du TFUE se réfère au « *principe de reconnaissance mutuelle* »⁴⁰ en tant que fondement des mécanismes de coopération judiciaire pénale⁴¹. Qualifiée de « pierre angulaire » de la coopération européenne⁴², la reconnaissance mutuelle judiciarise la procédure de coopération et vise une exécution (quasi-)automatique par les autorités d'un Etat membre des décisions judiciaires d'autres Etats membres, selon le cadre procédural européen harmonisé⁴³. La reconnaissance mutuelle permet d'alléger les formalités⁴⁴ et ne s'appuie que sur nombre limité de règles procédurales communes posées par le droit de l'Union. La reconnaissance mutuelle ancre ainsi la validité transfrontière (quasi-)immédiate d'une décision judiciaire, prise par l'autorité judiciaire d'un Etat membre, dans un autre Etat membre⁴⁵. La décision est réceptionnée et produit des effets juridiques quasi-automatiques dans cet autre Etat membre. Cette technique facilite *in fine* la libre circulation des décisions de justice⁴⁶ en raison de l'admissibilité réciproque des systèmes nationaux pénaux malgré l'absence d'unification des droits pénaux nationaux⁴⁷.

La coopération judiciaire pénale est tenue de respecter un certain nombre de règles et contraintes de fonctionnement. Le respect des droits fondamentaux, la reconnaissance mutuelle, l'harmonisation partielle et le respect du pluralisme sont liées et doivent être compris à travers l'articulation de principes spécifiques au droit de l'Union européenne et à l'ELSJ qui sont structurants pour la coopération judiciaire pénale européenne.

⁴⁰ Nous ne parlerons plus de « *principe de reconnaissance mutuelle* » par la suite mais de la *technique* de la reconnaissance mutuelle. Cette décision sera justifiée *infra*.

⁴¹ Article 82(1) du TFUE.

⁴² Dans les conclusions du Conseil européen de Tampere en 1999.

⁴³ S. MESSINI, « La reconnaissance mutuelle en matière pénale entre « efficacité » et « responsabilité », *Archives de politique criminelle*, 2016/1 (n° 38), 2016, pages 227 à 248. L'harmonisation est donc limitée à une partie du cadre procédural et ne vise pas l'harmonisation du droit matériel.

⁴⁴ Et à la suppression de la procédure classique d'exequatur dans l'espace pénal européen.

⁴⁵ G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'union européenne ; contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation aux décisions de justice*, Paris, Institut Universitaire Varenne, Coll. Thèses n°50, 2011, 578 pages.

⁴⁶ G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'union européenne ; contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation aux décisions de justice*, Paris, Institut Universitaire Varenne, Coll. Thèses n°50, 2011, 578 pages.

⁴⁷ C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, Bruxelles, Bruylant, Coll. droit de l'Union européenne, 2020, pages 167 à 172.

Cette thèse se propose d'étudier l'articulation de certains principes structurants en matière de coopération judiciaire pénale. Ces principes sont ceux mis en avant par la jurisprudence de la CJUE dans le cadre de la coopération judiciaire pénale au sein de l'ELSJ: le principe de primauté du droit de l'Union⁴⁸, le principe de respect des droits fondamentaux⁴⁹ et le principe de confiance mutuelle⁵⁰.

La primauté du droit de l'Union, le respect des droits fondamentaux et la confiance mutuelle sont tout d'abord reconnus en tant que *principes* par la CJUE, voir le droit de l'Union européenne. Ils renvoient à une proposition générale et abstraite ayant une autorité supérieure en droit de l'Union⁵¹. Ces principes, qui trouvent leurs racines dans les valeurs de l'Union, poursuivent différents objectifs. Ces principes sont vecteurs de la réalisation de ces objectifs et peuvent être concrétisés de multiples façons⁵². Dans le cadre de la coopération judiciaire pénale, ces principes doivent remplir les objectifs de facilitation de la coopération, d'efficacité et d'autonomie du droit de l'Union européenne⁵³ tout en assurant le respect des droits fondamentaux⁵⁴.

⁴⁸ Sur le réseau structuré de principes sur lequel fonctionne le droit de l'Union et l'ELSJ : Voir point 166 avis 2/13 concernant le principe de primauté.

⁴⁹ Sur le réseau structuré de principes sur lequel fonctionne le droit de l'Union et l'ELSJ : Voir point 169 de l'avis 2/13 concernant le respect des droits fondamentaux.

⁵⁰ Sur le réseau structuré de principes sur lequel fonctionne le droit de l'Union et l'ELSJ : Voir point 168 de l'avis 2/13 concernant la confiance mutuelle.

⁵¹ Définition empruntée à H. LABAYLE et J-S. BERGÉ, « Les principes de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RDT Eur.* n°3, 2016, pages 589 à 610. Concernant l'ELSJ, ces valeurs sont à trouver dans l'article 2 TUE voir *infra*.

⁵² H. LABAYLE et J-S. BERGÉ, « Les principes de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RDT Eur.* n°3, 2016, pages 589 à 610.

⁵³ A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG(dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Sous-coll. Colloques, 2018, 254 pages.

⁵⁴ K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, Paris, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque de droit privé Tome n°597, 2020, 594 pages.

Le principe de primauté du droit de l'Union⁵⁵ a été imposé par la CJUE dans le cadre de sa jurisprudence *Costa c. E.N.E.L.* de 1964⁵⁶, après son effet direct⁵⁷, en tant que caractéristique essentielle du droit de l'Union. Le principe de primauté du droit de l'Union est considéré comme inhérent à la nature particulière de l'UE⁵⁸ et a pu être rattaché par la CJUE à l'égalité, l'État de droit et la justice⁵⁹.

Au sens large, le principe de primauté du DUE renvoie à un phénomène général de supériorité du DUE face au droit national des Etats membres et du droit international⁶⁰. Au sens strict, le principe de primauté s'applique lors de la mise en œuvre du droit de l'Union. En cas de conflit entre normes du DUE et celles des autres systèmes juridiques, notamment nationaux, ce principe exige l'application prioritaire et uniforme du DUE dans tous les Etats membres⁶¹. Du point de vue de l'UE, le DUE tel qu'interprété par la CJUE « prime » sur le droit national⁶², y compris constitutionnel⁶³. Il en va de même face au droit

⁵⁵ En tant que principe essentiel voir H. LABAYLE et J-S. BERGÉ, « Les principes de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RDT Eur.* n°3, 2016, pages 589 à 610.

Voir aussi L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84.

⁵⁶ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*. Affaire 6/64.

Voir point 3 de l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* de la Cour de justice : « (...) *Le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres (...) et qui s'impose à leur juridiction* ».

⁵⁷ CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*. Affaire 26-62.

Voir point 27 de l'arrêt *Van Gend en Loos* : « *Cette prohibition se prête parfaitement, par sa nature même, à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les Etats membres et leurs justiciables* ».

⁵⁸ L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84.

⁵⁹ L'application uniforme du droit de l'Union européenne participe à l'égalité entre les Etats membres. Le respect du droit de l'Union, s'il respecte des valeurs telles que la démocratie ou le respect des droits fondamentaux, participe au respect de l'état de droit.

Voir également par exemple le lien entre état de droit, effectivité et primauté du droit de l'Union européenne : M. FARTUNOVA-MICHEL, « La fonction juridictionnelle et le mandat d'arrêt européen : la contribution des juges à la construction d'une Union de droit ? », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 95 à 10. Le lien entre primauté et état de droit sera discuté *infra* dans le développement de la présente thèse.

⁶⁰ Voir notamment C. GREWE, *L'état des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. Droits Étrangers Volume n°15, 2018, pages 28 et 29.

⁶¹ C. GREWE, *L'état des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. Droits Étrangers Volume n°15, 2018, 504 pages.

⁶² Voir notamment page 1160, deuxième paragraphe de l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* Le droit de l'Union « *ne peut, en raison de sa nature spécifique et originale, se voir opposer un texte de droit national quel qu'il soit, sans perdre son caractère autonome et sans que soit mise en cause l'existence de l'Union elle-même* ».

⁶³ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. Affaire 11-70.

international⁶⁴. La jurisprudence de la Cour de justice n'a eu de cesse de réaffirmer ce principe afin d'assurer le bon fonctionnement du droit de l'Union européenne⁶⁵, dont celui de la coopération judiciaire pénale. La primauté du droit de l'Union peut ainsi se traduire par l'obligation de laisser inappliquée une norme nationale contraire au droit de l'Union⁶⁶, une obligation d'interprétation conforme au droit de l'Union⁶⁷, ou encore, l'obligation de poser une question préjudicielle⁶⁸. L'enjeu assumé est d'assurer l'uniformité, la cohérence de l'interprétation et de l'application du DUE pour que cet ordre autonome mais intégré survive et se développe⁶⁹. Dans l'ELSJ, le principe de primauté est ainsi un moyen d'assurer l'autonomie et l'efficacité du droit de l'Union sur lequel se fonde la coopération judiciaire pénale⁷⁰.

⁶⁴ CJUE (grande chambre), 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*. Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P.

⁶⁵ Voir notamment :

- CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*. Affaire 41-74 : Effet direct d'une directive non transposée si elle est suffisamment claire précise et inconditionnelle;
- CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*. Affaire 106/77 : Principe selon lequel la primauté du droit communautaire s'exerce même vis-à-vis d'une loi nationale postérieure;
- CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*. Affaire 148/78 : L'effet direct conditionnel des directives à l'expiration du délai de transposition;
- CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne*. Affaires jointes C-6/90 et C-9/90 : La responsabilité de l'Etat, vis-à-vis des particuliers, concernant les dommages découlant du manque de transposition d'une directive;
- CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*. Affaires jointes C-46/93 et C-48/93 : Faute grave ou simple nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'Etat membre en fonction de l'existence ou l'inexistence d'une marge d'appréciation etc.

⁶⁶ Voir notamment CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*. Affaire 106/77.
D. MIASIK and M. SZWARC, « Primacy and direct effect – still together: Popławski II », *Common Market Law Review* 58, 2021, pages 571 à 590.

⁶⁷ Voir notamment de l'arrêt CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*. Affaire 14/83.

⁶⁸ Voir notamment point 21 de l'arrêt CJUE, 6 octobre 1982, *CILFIT*. Affaire 283/81.
Encore récemment : CJUE (cinquième chambre), 4 octobre 2018, *Commission contre République française*. Recours en manquement au titre de l'article 258 TFUE. Affaire C-416/17. Lire à ce sujet J. D. LEFEUVRE, « L'arrêt de la CJUE du 4 octobre 2018, Commission c. France, vertus et limites du dialogue des juges au Palais Royal », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/17/informations-generales/larret-de-la-cjue-du-4-octobre-2018-commission-c-france-vertus-et-limites-du-dialogue-des-juges-au-palais-royal/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

Voir aussi : L. COUTRON, « Nouvelle confirmation de la jurisprudence *Melki et Abdeli* : la persistance de l'obligation de renvoi préjudiciel en dépit du rejet de l'exception d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-322/16, *Global Starnet*) », *RTD Eur.*, 2018, pages 367 à 368.

⁶⁹ Voir point 174 de l'*avis 2/13*.

⁷⁰ Voir point 176 de l'*avis 2/13*.

En tant qu'union politique, le respect des droits fondamentaux constitue ensuite un principe⁷¹, une valeur⁷² et un objectif⁷³ du droit de l'Union européenne. En tant que principe, le respect des droits fondamentaux se fonde notamment sur les valeurs de dignité humaine, de liberté, de respect des droits de l'homme référencées à l'article 2 du TUE.

Le principe de respect des droits fondamentaux exige une prise en compte et une protection suffisante des droits fondamentaux par le droit de l'Union européenne lui-même mais s'impose aussi à l'ensemble de ses acteurs⁷⁴, y compris lors de sa mise en œuvre⁷⁵. En raison de la sensibilité de la matière pénale et du caractère politique de l'Union, la coopération judiciaire pénale peut s'avérer modulée par le principe de respect des droits fondamentaux. À force de développement, notamment en matière pénale, la prise en compte des droits fondamentaux devient essentielle pour le droit de l'Union européenne s'il prétend à son autonomie et sa primauté. L'efficacité et l'autonomie du droit de la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ dépendent donc également de la façon dont les droits fondamentaux sont rendus effectifs. Le respect des droits fondamentaux peut être assuré à travers certains droits individuels ou des garanties procédurales, des contrôles de la part d'autorités judiciaires ou juridictionnelles.

Les principes de primauté du droit de l'Union et de respect des droits fondamentaux sont étroitement liés et se sont mutuellement influencés de longue date.

Le droit de l'Union se diffuse au sein des ordres juridiques nationaux et son principe de primauté interdit aux juridictions nationales de contrôler la validité d'un acte du droit de l'Union européenne au regard du droit national, *a priori* y compris face aux droits fondamentaux nationaux. Un principe de primauté absolu est revendiqué par la

⁷¹ En tant que principe incontournable : K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, Paris, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque de droit privé Tome n°597, 2020, 594 pages. Voir aussi L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84.

⁷² Article 2 TUE.

⁷³ Article 3(2) TUE.

⁷⁴ En tant que principe incontournable : K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, Paris, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque de droit privé Tome n°597, 2020, 594 pages. Voir aussi L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84.

⁷⁵ L'article 6 TUE et la valeur de droit primaire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union en font un principe, une obligation de respect des droits fondamentaux.

CJUE afin d'assurer l'efficacité de la lutte contre la criminalité grave au sein de l'ELSJ⁷⁶, quitte à réduire la protection prévue au niveau national. Cette exigence de l'Union européenne contraint en principe les Etats membres à s'adapter.

Bien qu'originellement pensée comme une union essentiellement économique, le droit de l'Union européenne a pourtant, par l'exercice des libertés de circulation, rapidement eu un impact sur les droits fondamentaux protégés au niveau national. La question du respect des droits fondamentaux étant de plus en plus sensible, la primauté du droit de l'Union européenne que la CJUE n'avait de cesse d'affirmer était finalement susceptible d'être remise en cause. La Cour constitutionnelle italienne avait ainsi rapidement émis des critiques relatives à l'absence de protection suffisante des droits fondamentaux par l'Union européenne dans son arrêt « *Frontini et Pozzani* » du 27 décembre 1973⁷⁷. Dans son célèbre arrêt « *Solange I* » du 29 mai 1974⁷⁸, la Cour constitutionnelle allemande avait aussi clairement prévenu qu'aussi longtemps que (*so lange*) que les Communautés européennes ne garantiraient pas une protection des droits fondamentaux équivalente à celle assurée par la constitution allemande, les recours contre une disposition de droit de l'Union, fondés sur la violation d'un droit fondamental constitutionnel, resteraient recevables. La mise en place d'une protection des droits fondamentaux de l'Union et par l'Union est alors une réponse à la critique des juridictions suprêmes et constitutionnelles des Etats-membres⁷⁹. La protection des droits fondamentaux est à l'origine une exigence venue des juridictions des Etats membres en direction de l'Union européenne, que celle-ci a intégré. L'Union européenne et la Cour de justice de l'Union européenne ont été dans l'obligation de prendre en considération la problématique de protection des droits fondamentaux⁸⁰. Un des enjeux va alors être de déterminer *qui ou qu'est-ce qui* détermine cette protection et selon quelle approche.

Les premiers traités ne faisant aucune référence expresse aux droits fondamentaux, cette responsabilité a alors échue à la Cour de justice de l'Union

⁷⁶ A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG(dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Sous-coll. Colloques, 2018, 254 pages.

⁷⁷ Cour constitutionnelle italienne, 27 décembre 1973, *Frontini et Pozzani*, décision n°183.

⁷⁸ BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, 2 BvL 52/71.

⁷⁹ W. PHELAN, « The Role of the German and Italian Constitutional Courts in the rise of EU Human Rights Jurisprudence : A Response to Delledonne and Fabrini », *European Law Review*, Vol. 46 n°2, April 2021, pages 175 à 193.

⁸⁰ S. WEATHERILL, *Law and Values in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2016, 432 pages.

européenne. Ainsi, à partir de l'affaire « *Stauder* » du 12 novembre 1969⁸¹, les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit de l'Union et la Cour de justice a ensuite développé sa jurisprudence dans les années 70'. Dans l'affaire « *Internationale Handelsgesellschaft* » du 17 décembre 1970⁸², elle proclame que ces droits, en tant que principes généraux du droit de l'Union, s'inspirent « *des traditions constitutionnelles communes aux États membres* », tout en soulignant que leur sauvegarde « *doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté* ». Le 14 mai 1974, dans l'affaire « *Nold* »⁸³, elle ajoute que les droits fondamentaux communautaires peuvent s'appuyer sur les accords internationaux dont les États membres sont parties contractantes. Elle fera explicitement référence à la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après « CEDH »), l'année suivante, dans son affaire « *Rutili* »⁸⁴. Elle a intégré une variété de droits fondamentaux dans le cadre spécifique de l'Union. Cela a permis à la Cour constitutionnelle italienne de reconnaître les exigences liées à la primauté du droit de l'Union dans son arrêt *Granital* en 1984⁸⁵. Dans son arrêt « *Solange II* » du 22 octobre 1986⁸⁶, la Cour de Karlsruhe a aussi constaté que son message avait été entendu et déclaré qu'elle ne contrôlerait plus la validité du DUE « *aussi longtemps qu'une protection équivalente des droits fondamentaux était assurée en droit communautaire* ».

Il n'a été expressément fait mention des droits fondamentaux qu'à partir du traité de Maastricht en 1993⁸⁷, en parallèle de la réflexion sur la création d'un domaine et d'un espace pénal du droit de l'Union. Le traité d'Amsterdam et l'objectif de développer un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice constituent un tournant décisif dans la promotion des droits fondamentaux. Au sommet de Cologne de 1999, le Conseil européen déclare ainsi qu'il conviendrait de rassembler les droits fondamentaux en vigueur au niveau de l'Union dans une charte⁸⁸. Cette Charte des droits fondamentaux de

⁸¹ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*. Affaire 29-69.

⁸² CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*. Affaire 11-70.

⁸³ CJCE, 14 mai 1974, *Nold*. Affaire 4/73.

⁸⁴ CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*. Affaire 36-75.

⁸⁵ Cour constitutionnelle italienne, *Granital*, 8 juin 1984, décision n°170.

⁸⁶ BVerfG, *Solange II*, 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83.

⁸⁷ Voir article F(2) du traité de Maastricht de 1993.

⁸⁸ Conseil européen de Cologne du 3 et 4 juin 1999, Conclusions de la présidence.

L'Union européenne est proclamée le 7 décembre 2000⁸⁹ à l'occasion du traité de Nice⁹⁰. Elle devient juridiquement contraignante et possède la même valeur que le droit primaire des traités constitutifs⁹¹ lors de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁹².

Grâce au traité d'Amsterdam puis le traité de Lisbonne, la protection des droits fondamentaux devient un élément fondamental de l'identité de l'Union européenne⁹³ et une composante essentielle du développement de l'Espace européen de Liberté, de Sécurité et de Justice. C'est également le moment où la CJUE acquiert sa pleine compétence en matière d'ELSJ, notamment en matière de coopération judiciaire pénale⁹⁴. L'adoption et l'utilisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union ont alors été une nouvelle étape cruciale. Non seulement la Charte est un texte spécialisé relatif aux droits fondamentaux, important en ce qui concerne la validité du droit de l'Union, mais également un nouveau vecteur potentiel de son autonomie et de sa primauté en tant que texte propre à l'Union⁹⁵. Il semble alors exister une prise en compte ambivalente des droits fondamentaux⁹⁶.

C'est dans ce contexte qu'a progressivement pu s'affirmer le principe de confiance mutuelle. D'abord principe général du droit de l'Union européenne dans le cadre du

⁸⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000, dotée de la valeur de droit primaire le 1er décembre 2009.

⁹⁰ Traité de Nice, signé le 26 février 2001 et entré en vigueur le 1er février 2003.

⁹¹ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, modification n°(8) instaurant le nouvel article 6 TUE.

⁹² Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1er décembre 2009.

⁹³ Articles 2 et 6 TUE.

⁹⁴ La Cour de justice acquiert une compétence préjudicielle générale dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice en raison de la disparition des piliers et de la suppression, lors de l'adoption du traité de Lisbonne, des articles 35 UE et 68 CE qui prévoyaient des restrictions à la compétence de la Cour de justice. En ce qui concerne la coopération policière et judiciaire en matière pénale, la compétence de la Cour de justice pour statuer à titre préjudiciel devient obligatoire et n'est plus subordonnée à une déclaration de chaque État membre reconnaissant cette compétence et indiquant les juridictions nationales pouvant la saisir. Par le traité de Lisbonne, le domaine de la police et de la justice pénale entre dans le droit commun et toutes les juridictions peuvent saisir la Cour de justice. Des dispositions transitoires prévoient cependant que cette pleine compétence ne sera applicable que cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

⁹⁵ L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84.

⁹⁶ G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Area*, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, Coll. I.E.E., 2005, 337 pages.

marché intérieur⁹⁷, cette confiance mutuelle n'a été transposée dans le domaine de la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ qu'avec l'adoption de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen en 2002. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2005⁹⁸ qui devait officialiser le principe de confiance mutuelle au niveau du droit primaire n'a pas vu le jour et le traité de Lisbonne, qui reprend pourtant l'essentiel des dispositifs de ce projet, n'en fait pas mention. La consécration et la définition du contenu de la confiance mutuelle ont encore une fois principalement été le fait de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

La CJUE retient que le principe de confiance mutuelle⁹⁹ repose sur une « *prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre* »¹⁰⁰. Ces valeurs communes sont « *les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme (...)* »¹⁰¹. La confiance mutuelle semble découlée de l'idée de respect des droits fondamentaux mais aussi celle d'une société caractérisée par le pluralisme¹⁰², la tolérance et la solidarité. En effet, le principe de confiance mutuelle est utilisé pour

⁹⁷ CJCE, 11 février 2003, *Procédures pénales contre Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge*, Affaires jointes C-187/01 et C-385/01. Voir notamment point 33 de l'arrêt : le système du marché unique « *implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres États membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente* ».

J.-S. BERGÉ, « La confiance mutuelle, les libres circulations et la question du sens : bref panorama de l'espace judiciaire européen », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2019/03/21/cooperation-judiciaire-civile/la-confiance-mutuelle-les-libres-circulations-et-la-question-du-sens-bref-panorama-de-lespace-judiciaire-europeen/#more-5980>, 2019, dernière consultation novembre 2019.

⁹⁸ Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, C 310/1, le 29 octobre 2004.

⁹⁹ En tant que principe incontournable : K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, Paris, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque de droit privé Tome n°597, 2020, 594 pages. Voir aussi H. LABAYLE et J.-S. BERGÉ, « Les principes de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RDT Eur.* n°3, 2016, pages 589 à 610. ; P. CORRE, « La confiance mutuelle, fondement du mandat d'arrêt européen et outil modulateur d'intégration de l'État membre », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 74 à 80.

¹⁰⁰ Voir point 168 de l'avis 2/13.

¹⁰¹ Article 2 du TUE.

¹⁰² V. MITSILEGAS, « Chapter 5 : Mutual Recognition and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice: the centrality of Fundamental Rights », in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, pages 124 à 152.

minimiser les différences entre les différents ordres juridiques des Etats membres afin que ceux-ci puissent coopérer et assurer l'application effective du droit de l'Union¹⁰³. Le principe de confiance mutuelle est ainsi apparu afin de renforcer l'efficacité de la technique de la reconnaissance mutuelle.

Le principe de confiance mutuelle, largement abordé comme une *présomption* de confiance mutuelle, est techniquement concrétisée par le mécanisme de reconnaissance mutuelle, qui n'est donc pas un principe mais plutôt une technique¹⁰⁴. La confiance mutuelle soutient l'obligation de coopérer, la limitation des contrôles juridictionnels lors de l'exécution des décisions judiciaires des autres Etats membres, y compris en matière de respect des droits fondamentaux, et l'interdiction pour l'Etat d'exécution d'imposer ses propres standards de protection nationaux face à un autre Etat membre. La reconnaissance mutuelle nécessite un haut degré de confiance mutuelle¹⁰⁵ et, plus la confiance mutuelle est élevée, plus la coopération est efficace¹⁰⁶. La confiance mutuelle est alors un outil modulateur de l'intégration, de son intensité¹⁰⁷.

Ces principes sont structurants pour la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ puisqu'elle ne peut atteindre sans eux les objectifs qu'elle poursuit. Le contexte d'adoption et les enjeux autour de la définition de chacun de ces principes par la CJUE et le droit de l'Union démontrent leur importance respective dans le cadre du fonctionnement du système de coopération judiciaire pénale et de l'ELSJ¹⁰⁸. Ces principes semblent d'autant plus structurants (ou déstructurants) dans le cadre de la coopération judiciaire pénale qu'ils ont des conséquences sur les rapports entre Etats membres, entre l'Union européenne et les Etats membres, entre les différentes juridictions actrices, voire entre les individus et leur Etat membre.

¹⁰³ A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Oxford, Bloomsbury Publishing and Hart Publishing, Coll. Hart Studies in European Criminal Law, 2020, 352 pages.

¹⁰⁴ F. MAIANI and S. MIGLIORINI, « One Principle to rule them all? Anatomy of Mutual Trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 7 à 44.

¹⁰⁵ G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Area*, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, Coll. I.E.E., 2005, 337 pages.

¹⁰⁶ G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Area*, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, Coll. I.E.E., 2005, 337 pages.

¹⁰⁷ P. CORRE, « La confiance mutuelle, fondement du mandat d'arrêt européen et outil modulateur d'intégration de l'Etat membre », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 74 à 80.

¹⁰⁸ Voir aussi H. LABAYLE et J-S. BERGÉ, « Les principes de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RDT Eur.* n°3, 2016, pages 589 à 610. Comme il le sera détaillé *infra*.

D'autres principes auraient pu être qualifiés de structurants au regard de la doctrine¹⁰⁹ ou du droit primaire de l'Union européenne¹¹⁰ mais ce travail de recherche choisit de se concentrer spécifiquement sur les principes mis en avant dans la jurisprudence de la CJUE et dans celle d'autres juridictions de l'Union européenne en la matière. Les autres principes envisageables semblent parfois aussi spécifiques à un domaine particulier de la coopération judiciaire pénale et/ou peuvent *a priori* être rattachés à un des trois principes visés dans le cadre de cette thèse. Au regard de la jurisprudence de la CJUE en matière de coopération judiciaire pénale, le principe de coopération loyale apparaît par exemple comme une facette de la confiance mutuelle lorsqu'elle s'adresse à l'Etat membre requérant¹¹¹. Dans le cadre de la mise en oeuvre des instruments de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire pénale, le principe de proportionnalité semble quant-à-lui étroitement lié à la question du respect des droits fondamentaux¹¹². Chez les juges nationaux, la (non-)proportionnalité de l'atteinte portée aux droits fondamentaux est un argument de limitation, d'encadrement de l'intégration et relativise l'obligation de reconnaissance mutuelle tandis que la CJUE utilise cet argument comme moyen de limitation de la marge de manoeuvre nationale. De même, le principe de subsidiarité constitue un aspect de la confiance mutuelle, lors du contrôle respect des droits fondamentaux. La responsabilité principale de ce contrôle appartient à l'autorité judiciaire requérante tandis qu'une responsabilité résiduelle échoie à l'autorité judiciaire requise de coopérer. Enfin, le droit primaire de l'Union européenne fait référence aux principes de subsidiarité et de proportionnalité avant tout dans le cadre de la création de la norme¹¹³, moins concernant son application qui est alors soumise au principe de primauté¹¹⁴.

Le qualificatif « structurant » semble particulièrement pertinent concernant les principes qui nous intéressent. D'autres qualifications ont été envisagées mais n'ont pas

¹⁰⁹ Voir par exemple M. FARTUNOVA, « La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle : quelques réflexions sur les fondements de la construction européenne », *CDE*, 2016/1, pages 193 à 219.

¹¹⁰ Voir notamment l'article 5 TUE.

¹¹¹ Voir points 57 et 58 puis 60 de l'arrêt CJUE (première chambre), 11 novembre 2021, *Gavanozov II*. Affaire C 852/19.

¹¹² G. TAUPIAC-NOUVEL, « Le principe de proportionnalité en coopération judiciaire pénale : principe janusien de l'espace pénal européen », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/06/16/cooperation-judiciaire-penale/le-principe-de-proportionnalite-en-cooperation-judiciaire-penale-principe-janusien-de-lespace-penal-europeen/>, 2015, dernière consultation novembre 2019.

¹¹³ Article 5 TUE. Il en va de même pour le principe d'attribution et de loyauté, voir article 4(2)j et 69 TFUE.

¹¹⁴ L'article 67(3) TFUE prévoit le rapprochement des législations.

été retenues : celle de principes-piliers ou celle de principes fondamentaux de la coopération judiciaire pénale. Bien que ces termes illustrent effectivement le caractère essentiel de ces principes face au bon fonctionnement de la coopération, ceux-ci pourraient donner une fausse impression d'immuabilité ou de prise de distance une fois la théorie posée. Les principes étudiés dans le cadre de cette thèse soulèvent pourtant des questions également très pratiques concernant le développement progressif des traits caractéristiques de la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ. En outre, le terme de principe-pilier ne rend pas assez compte du potentiel déstabilisateur de ceux-ci¹¹⁵ puisqu'un pilier n'est pas censé trembler ou vaciller. L'image du pilier semble aussi se référer à un élément individuel, isolé alors qu'une structure appelle une construction plus complexe au travers de plusieurs éléments reliés entre eux. La qualification en tant que « principe structurant » a aussi été préférée à celle de « principe structurel »¹¹⁶. Cette deuxième expression permettrait de renvoyer aux caractéristiques particulières de l'Union mais ne rend pas assez compte du rôle actif d'un tel principe dans le cadre de la structure, de l'agencement particulier, de différents éléments. Un principe « structurant » est celui qui favorise, détermine, conditionne, contribue à la structuration. Le principe structurel est plus simplement relatif à cette structure¹¹⁷.

L'idée de structure permet également d'amener et justifier l'étude de ces principes structurants de la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ dans le cadre spécifique de leur « articulation ». Dans le cadre de la coopération judiciaire pénale intégrée, les principes de primauté, de respect des droits fondamentaux et de confiance mutuelle ne semblent déployer l'ensemble de leur potentiel structurant ou déstructurant que lorsqu'ils sont étudiés ensembles et mis en articulation les uns avec les autres. Leur isolement en tant qu'objet d'étude relativiserait les relations qu'ils entretiennent dans le « *réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes* »¹¹⁸ qui

¹¹⁵ H. LABAYLE et J-S. BERGÉ, « Les principes de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RDT Eur.* n°3, 2016, pages 589 à 610.

¹¹⁶ Expression utilisée pages 71 à 75 concernant le « principe structurel » de la solidarité et celui de la confiance mutuelle chez F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Hypercours, 3e édition, 2021, 1020 pages.

¹¹⁷ Le principe structurel de la solidarité concerne des domaines hors du cadre de la coopération judiciaire pénale (terrorisme, économie, PESC). En outre, il s'applique plutôt dans le cadre de situations exceptionnelles plutôt que dans un système de fonctionnement normal de l'UE. Voir pages 71 à 73 chez F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Hypercours, 3e édition, 2021, 1020 pages.

¹¹⁸ Voir point 167 de l'avis CJUE (assemblée plénière), 18 décembre 2014, *avis 2/13*. Ci-après « *l'avis 2/13* ».

caractérise l'Union européenne. L'étude individuelle de ces différents principes a d'ailleurs déjà fait l'objet de nombreux travaux¹¹⁹.

Le terme « articulation » semble le plus approprié puisqu'il laisse à la fois place à une potentielle combinaison ou opposition des principes et des objectifs poursuivis, sans forcément imposer l'idée d'un équilibre ou d'un déséquilibre entre eux. De même, l'idée d'articulation ne fige pas ces principes et leur contenu. Ils peuvent s'inscrire dans un processus dynamique, progressif, qui admet une adaptation si nécessaire. L'articulation de ces principes est plus complexe et plus négociée qu'il n'y paraît dans le cadre du réseau d'acteurs concernés¹²⁰. La prétention à l'absolu qui pourrait être revendiquée concernant un des principes structurants ou même un des objectifs de la coopération judiciaire pénale aurait un caractère excessif. Le terme « articulation » permet de couvrir la complexité potentielle de leurs relations, selon la façon dont ils sont envisagés et par quel acteur.

Du point de vue du droit de l'Union et surtout de la CJUE, l'articulation de ces principes devrait permettre de remplir les objectifs d'autonomie et d'efficacité ainsi que de validité du DUE, et ce, de façon la plus optimale possible. Les principes et leur différents objectifs peuvent et doivent fonctionner ensemble, être conciliés. C'est à cette condition qu'un vrai espace pénal de liberté, de sécurité et de justice peut se réaliser, se développer et contribuer au processus d'intégration de l'UE¹²¹. L'efficacité et la validité¹²² du droit de l'Union semblent donc conditionnées et graduelles. La conformité de la procédure d'adoption donne au droit de l'Union sa légalité mais son efficacité et sa validité pratiques sont évaluées, confirmées ou critiquées lors de sa mise en oeuvre et de

¹¹⁹ Nous renvoyons notamment aux travaux de C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, Bruxelles, Bruylant, Coll. droit de l'Union européenne, 2020, 666 pages concernant le principe de confiance mutuelle. Voir aussi J. RUNG, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Strafkooperation*, Tübingen, Mohr Siebeck, Coll. Jus Internationale et Europaeum 147, 2019, 514 pages concernant la protection des droits fondamentaux.

¹²⁰ F. OST et M. de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, 596 pages.

¹²¹ A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG(dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Sous-coll. Colloques, 2018, 254 pages.

¹²² Au sens du respect des droits fondamentaux et des valeurs reconnues par le droit de l'Union.

son expérimentation¹²³. Dans le cadre de la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ, l'efficacité et la validité du droit de l'Union dépendent de l'articulation cohérente et satisfaisante des principes structurants retenus.

Il est donc effectivement justifié de se pencher sur l'état actuel de l'articulation des principes structurants de la coopération judiciaire pénale que sont le principe de primauté, de respect des droits fondamentaux et de confiance mutuelle¹²⁴. Il s'agit de déterminer si cette articulation est satisfaisante du point de vue du respect des objectifs de la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ et du processus d'intégration.

Si l'articulation proposée par le droit de l'Union et la CJUE est en théorie satisfaisante sous certaines conditions et propose certains avantages, la pratique soulève encore des difficultés à ce sujet. La démonstration adoptera une approche globale tout en apportant des éléments concrets afin d'appuyer l'argumentation avancée. Les points essentiels de cette articulation seront mis en lumière et permettront d'abord de dégager une grille de compréhension théorique des différents enjeux et évolutions de cette articulation. Les droits fondamentaux étant les principaux vecteurs de développement et d'intégration du droit de l'Union¹²⁵, c'est à travers le prisme du principe de respect des droits fondamentaux qu'une telle grille de lecture doit être proposée. C'est en raison de l'articulation du principe de respect des droits fondamentaux avec le principe de confiance mutuelle et le principe de primauté du droit de l'Union qu'une adaptation ou une discussion progressive de ces principes a pu être observée. La relation entre primauté et confiance mutuelle ne présente quant-à-elle pas de nouveauté ou de difficulté particulière. La présomption de confiance mutuelle et le principe de primauté servent le même objectif d'efficacité du droit de l'Union européenne (l'un l'efficacité technique et l'autre, l'efficacité au sens de son autonomie, de sa force) tandis que les droits fondamentaux visent avant tout sa validité. Ce choix permet *in fine* d'observer la

¹²³ Il est notamment fait mention de validité-légalité, de validité-efficacité et de validité-légitimité chez F. OST et M. de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, 596 pages.
Concernant la validité du droit pénal de l'UE : Voir I. WIECZOREK, *The Legitimacy of EU Criminal Law*, Oxford, Bloomsbury Publishing and Hart publishing, Coll Hart Studies in European Criminal Law, Volume 10, 2020, 272 pages.

¹²⁴ A défaut de précision, il sera renvoyé à ces principes lorsqu'il sera fait référence aux « principes structurants » ou « principes structurants de la coopération judiciaire pénale » dans la présente thèse.

¹²⁵ A. BAILLEUX, H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen - Tome 1. Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Idées d'Europe, 2015, 568 pages. Voir aussi J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les droits fondamentaux, frein ou moteur de l'intégration européenne? », *Revue de l'Union européenne* n°627, 2019, pages 220 à 224.

conciliation progressive des deux objectifs originellement mis en opposition. Cela permettra ensuite de mieux saisir et analyser les défis actuels et pratiques de la coopération judiciaire pénale.

L'observation de l'articulation de ces principes structurants s'appuiera dans un premier temps sur l'analyse de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen (ci-après le MAE) et de la décision d'enquête européenne (ci-après la DEE). Ces deux instruments sont incontournables en tant qu'instruments phares de la coopération judiciaire pénale fondés sur la technique de reconnaissance mutuelle¹²⁶, la méthode la plus employée actuellement au sein de l'ELSJ¹²⁷. Afin de prolonger la réflexion et de ne pas se couper de ce qui représente le dernier et nouveau stade de l'intégration en matière de coopération judiciaire pénale, la présente thèse se penchera ensuite sur une réalisation récente : le Parquet européen.

Le MAE et la DEE seront étudiés séparément mais aussi de façon combinée et comparée. Bien que le MAE et la DEE¹²⁸ aient déjà fait l'objet de nombreux articles de doctrine, ce travail de thèse propose une approche globale du fonctionnement de ces instruments par rapport au principe de primauté, de respect des droits fondamentaux et de confiance mutuelle et intègre les critiques qui ont alors déjà pu être formulées¹²⁹. Le choix de ces deux instruments permet également d'envisager une approche chronologique de la mise en articulation des principes structurants de la coopération

¹²⁶ Considérant (6) de la Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, ci après « DC MAE ». Considérants (2) et (6) de la Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, ci-après « directive DEE ».

¹²⁷ K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, Paris, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque de droit privé Tome n°597, 2020, 594 pages.

¹²⁸ P. BEAUVAIS, « De l'entraide judiciaire à l'enquête pénale européenne - À propos de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne (Directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale) », *RTD Eur.*, 2015, pages 777 à 785. Voir aussi D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages. ; J. TRIBOUT, « Décision d'enquête pénale européenne », *Europe* n° 1, Janvier 2022, commentaire n°12. ; F. GAZIN, « Première interprétation de la directive 2014/41/UE concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale », *Europe* n° 12, Décembre 2019, commentaire n°486. ; L. IDOT, « Décision d'enquête européenne », *Europe* n°4, février 2022, commentaire n°45. ; M. LASSALLE, « L'ouverture d'une voie de recours, condition de l'émission d'une décision d'enquête européenne », *AJ Pénal*, 2022, pages 39 à 40.

¹²⁹ C'est ce qu'a notamment cherché à faire A. GOGORZA mais uniquement sur la notion d'autorité judiciaire : voir A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3, pages 12 à 16.

judiciaire pénale, le MAE étant plus ancien que la DEE. Cette approche permet de retracer la communautarisation croissante de l'ELSJ. Les instruments du MAE et de la DEE ont encore récemment fait l'objet d'une jurisprudence importante de la part de la CJUE¹³⁰.

Le MAE « *constitue la première concrétisation, dans le domaine du droit pénal, du principe de reconnaissance mutuelle* »¹³¹.

La décision-cadre 2002/584/JAI du 13 janvier 2002 du Conseil de l'Union européenne¹³² judiciarise et harmonise le cadre procédurale du système de remise des individus entre Etats membres¹³³. Cette décision-cadre a été modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009¹³⁴ afin d'insérer une nouvelle disposition favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès¹³⁵. Le système simplifié de remise - judiciarisé et en principe obligatoire - vient supprimer et remplacer le système d'extradition classique - politisé et fondé sur la base du volontariat - entre les Etats membres¹³⁶. Le nouveau système de remise vise ainsi à faciliter la coopération judiciaire pénale¹³⁷ et le développement de l'ELSJ¹³⁸.

Le mandat d'arrêt européen se définit comme « *une décision judiciaire émise par un État membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre État membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté* »¹³⁹. Les États membres exécutent tout mandat d'arrêt européen « *sur la base du principe de reconnaissance mutuelle et*

¹³⁰ Elle est importante tant qualitativement que quantitativement concernant le MAE. La jurisprudence plus limitée concernant la DEE n'en est pas moins essentielle.

¹³¹ Considérant (6) DC MAE.

¹³² Décision-cadre (2002/584/JAI) du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres.

¹³³ Considérant (5) DC MAE, article 1(1) et (2) DC MAE.

¹³⁴ Décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès.

¹³⁵ Article 2 de la décision-cadre de 2009/299/JAI insérant un nouvel article 4bis.

¹³⁶ Considérant (5) DC MAE.

¹³⁷ Considérant (5) DC MAE.

¹³⁸ Considérant (5) DC MAE.

¹³⁹ Article 1(1) DC MAE.

conformément aux dispositions de la présente décision-cadre »¹⁴⁰, telles qu'interprétées par la CJUE et bénéficiant des effets du principe de primauté.

La CJUE retient que « *le principe de reconnaissance mutuelle sur lequel est fondé le système du mandat d'arrêt européen repose lui-même sur la confiance réciproque entre les États membres quant au fait que leurs ordres juridiques nationaux respectifs sont en mesure de fournir une protection équivalente et effective des droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'Union, en particulier, dans la Charte (...)* »¹⁴¹. Ce mécanisme repose alors sur un degré de confiance élevé entre les États membres¹⁴² et « *respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne*¹⁴³ *et reflétés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment son chapitre VI* »¹⁴⁴. L'absence de motif de non-exécution relatif aux droits fondamentaux dans la liste des motifs explicitement reconnus par la décision-cadre¹⁴⁵ a cependant rapidement posé problème en raison du déséquilibre constaté entre la confiance mutuelle exigée et le respect des droits fondamentaux concrètement assuré.

La décision d'enquête européenne s'inscrit dans le développement de l'ELSJ¹⁴⁶. L'instrument de la DEE représente en principe une forme d'aboutissement de la technique de la reconnaissance mutuelle en matière de coopération judiciaire pénale.

Originellement issue de l'initiative des États membres¹⁴⁷, la DEE est « le dernier né » mais aussi le premier instrument de reconnaissance mutuelle en matière de coopération judiciaire pénale adopté depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne¹⁴⁸.

¹⁴⁰ Article 1(2) DC MAE.

¹⁴¹ Voir point 50 de l'arrêt CJUE (deuxième chambre), 30 mai 2013, *Jeremy F.* Affaire C- 168/13 PPU.

¹⁴² Considérant (10) DC MAE.

¹⁴³ Cela revoit actuellement aux articles 2 et 6 TUE : voir point 4 de l'arrêt CJUE (première chambre), *RO*, 19 septembre 2018. Affaire C-327/18 PPU.

¹⁴⁴ Considérant (12) DC MAE.

¹⁴⁵ Articles 3, 4, 4bis DC MAE et possibilité de demander des garanties à l'article 5 DC MAE.

¹⁴⁶ Considérant (1) de la directive DEE.

¹⁴⁷ COP 2010/0817, voir S. DEPAUW, *Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU : a study of forensic evidence*, Antwerpen, Apeldoorn et Portland, Maklu Uitgevers, Coll. IRCP, 2019, 448 pages.

¹⁴⁸ Considérant (2) Directive DEE. La décision d'enquête européenne en matière pénale a ainsi été adoptée sur le fondement de l'article 82(1) TFUE sous la forme d'une directive adoptée selon la procédure législative ordinaire.

Voir P. BEAUVAIS, « Droit pénal de l'Union européenne - 1er septembre 2009 - 31 juillet 2010 », *RTD Eur.*, 2010, pages 721 à 744.

La directive 2014/41/UE relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale¹⁴⁹ a été adoptée le 3 avril 2014 et devait être transposée au plus tard le 22 mai 2017¹⁵⁰. Elle a pour objectif d'effacer le douloureux échec¹⁵¹ de la décision-cadre 2003/577/JAI en matière de reconnaissance des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve¹⁵² et celui du mandat d'obtention de preuves (« MOP ») prévu par la décision-cadre 2008/978/JAI¹⁵³. Le cadre préexistant en matière d'obtention de preuves, trop fragmenté et trop complexe¹⁵⁴, devait être remplacé par un instrument (presque) unique, dédié au recueil de preuves¹⁵⁵.

La décision d'enquête européenne se définit comme « *une décision judiciaire qui a été émise ou validée par une autorité judiciaire d'un État membre afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre en vue d'obtenir des preuves conformément à la présente directive* »¹⁵⁶. La décision d'enquête européenne peut aussi être émise en vue de l'obtention de preuves déjà en possession des autorités compétentes de l'État d'exécution¹⁵⁷.

Selon ce système, « *(l)es États membres exécutent une décision d'enquête européenne sur la base du principe de reconnaissance mutuelle et conformément à la présente directive* »¹⁵⁸, telle qu'interprétée par la CJUE. La directive opère ainsi une

¹⁴⁹ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

¹⁵⁰ Article 36(1) directive DEE : « *Les États membres prennent les dispositions nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 22 mai 2017* ». Sur l'application de la DEE en Allemagne : H. AHLBRECHT, « Europäische Ermittlungsanordnung – Durchsuchung à la Europäischer Haftbefehl », *Strafverteidiger* n° 601, Heft 9, 2018, pages 593 à 615.

¹⁵¹ Considérants (3) et (4) de la directive DEE.

¹⁵² Considérant (3) de la directive DEE : renvoi à la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve.

¹⁵³ Considérant (4) de la directive DEE : renvoi à la décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales.

¹⁵⁴ Considérant (5) de la directive DEE.

¹⁵⁵ Voir considérant (7) de la directive DEE.

E. DE CAPITANI and S. PEERS, « The European Investigation Order: A new approach to mutual recognition in criminal matters » EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/05/the-european-investigation-order-new.html>, 2014, dernière consultation décembre 2019.

¹⁵⁶ Article 1(1) de la directive DEE.

¹⁵⁷ Article 1(1) de la directive DEE.

¹⁵⁸ Article 1(2) de la directive DEE.

harmonisation limitée du cadre procédural¹⁵⁹, qui bénéficie des effets du principe de primauté, afin de favoriser la technique de reconnaissance mutuelle et l'obligation d'exécution de la DEE¹⁶⁰. L'autorité d'exécution est alors en principe tenue de reconnaître la demande de l'Etat membre d'émission et d'assurer l'exécution de la DEE de la même manière et suivant les mêmes modalités que si la mesure d'enquête concernée avait été ordonnée par une autorité de l'État d'exécution¹⁶¹.

La technique de reconnaissance mutuelle se fonde toujours « *sur la confiance mutuelle et la présomption que les autres États membres respectent le droit de l'Union et, en particulier, les droits fondamentaux* »¹⁶². À l'instar du MAE, l'utilisation de la DEE permet de recourir à des mesures d'enquête intrusives¹⁶³ mais reste soumise à une obligation générale de respect des droits fondamentaux¹⁶⁴. En effet, la directive « *n'a pas pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques inscrits à l'article 6 du traité sur l'Union européenne (...)* »¹⁶⁵.

À l'inverse du MAE, il est cette fois explicitement précisé que la présomption de confiance mutuelle est réfragable¹⁶⁶. La directive DEE, contrairement à la décision-cadre du MAE, prévoit alors un motif express de non-exécution de la DEE relatif aux droits fondamentaux¹⁶⁷. Elle prévoit également un principe de proportionnalité de l'émission et de l'exécution de la DEE¹⁶⁸. Le législateur européen semble avoir appris des difficultés de mise en œuvre du MAE et propose une plus grande flexibilité et prise en compte des

¹⁵⁹ F. SIRACUSANO, « The European Investigation Order for Evidence Gathering Abroad », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 85 à 101.

¹⁶⁰ J. LEBLOIS-HAPPE, « La Cour de justice de l'Union européenne et la protection des droits fondamentaux dans la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle en matière pénale », *AJ pénal*, 2019, pages 302 à 307.

¹⁶¹ Article 9(1) de la directive DEE.

¹⁶² Considérant (19) de la directive DEE.

¹⁶³ E. DE CAPITANI and S. PEERS, « The European Investigation Order: A new approach to mutual recognition in criminal matters » EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/05/the-european-investigation-order-new.html>, 2014, dernière consultation décembre 2019.

¹⁶⁴ Considérant (18) et article 1(4) de la directive DEE.

¹⁶⁵ Article 1(4) de la directive DEE.

¹⁶⁶ Considérant (19) de la directive DEE.

¹⁶⁷ Article 11(1) f) de la directive DEE.

¹⁶⁸ Articles 6(1) a), 6(3) et 10(3) de la directive DEE.

droits fondamentaux afin de renforcer l'efficacité de la coopération¹⁶⁹. Il conviendra ainsi de considérer l'influence réciproque de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen et de la décision d'enquête européenne dans le cadre de cette thèse.

Bien que les textes relatifs aux instruments du MAE et de la DEE ainsi que les textes de droit de l'Union auxquels ils renvoient constituent indéniablement un point d'ancrage, l'articulation effective des principes structurants observés s'effectue principalement dans le cadre de la mise en œuvre de ces instruments, lors de leur interprétation par les juges de l'Union et des Etats membres. L'ELSJ étant un espace de justice, celui-ci offre inévitablement une place et un rôle de choix pour le juge. Différents juges sont ainsi appelés à évaluer l'application des instruments de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire pénale en raison de leurs fonctions et de leurs compétences. Selon leur poids respectif et leur marge d'appréciation, ceux-ci participent au façonnement de leur espace¹⁷⁰. Le MAE et la DEE sont à ce titre une « boîte de pandore » des rapports entre les ordres juridiques et entre les juges¹⁷¹. Ces juges vont jouer un rôle important dans la définition et l'articulation des principes structurants de la coopération judiciaire pénale.

Il s'agira bien évidemment d'observer la jurisprudence pertinente de la CJUE, qui agit en tant que gardienne des traités¹⁷². Celle-ci a en effet dégagé le principe de primauté, élaboré et participé la première à une protection « UE » des droits fondamentaux et posé le principe de confiance mutuelle. Le rapport ambivalent entre

¹⁶⁹ S. DEPAUW, *Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU : a study of forensic evidence*, Antwerpen, Apeldoorn et Portland, Maklu Uitgevers, Coll. IRCP, 2019, 448 pages.

N. DESCOT, E. RUBI-CAVAGNA, « Le juge judiciaire en matière pénale et l'espace européen des libertés », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 184 à 187.

¹⁷⁰ L. SINOPOLI, I. OMARJEE, M. ROCCATI, A. ANGELAKI, M. BERNELIN, A. FABRIZI, M. GKEGKA, A. NEDJARI, L. PAILLER, B. PASCALE, L. PEUCHMAUR, T. RACHO, J. RONDO, A. DA FONSECA, L. LASNIER, A. LOUBEYRE, S. PROSPER, L. RICHEFEU, C. SAUMAGNE, M.-B. VENENCIE, « Le pouvoir juridictionnel dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTD Eur.*, 2015, pages 529 à 554.

¹⁷¹ Expression trouvée concernant le MAE chez L. SINOPOLI, I. OMARJEE, M. ROCCATI, A. ANGELAKI, M. BERNELIN, A. FABRIZI, M. GKEGKA, A. NEDJARI, L. PAILLER, B. PASCALE, L. PEUCHMAUR, T. RACHO, J. RONDO, A. DA FONSECA, L. LASNIER, A. LOUBEYRE, S. PROSPER, L. RICHEFEU, C. SAUMAGNE, M.-B. VENENCIE, « Le pouvoir juridictionnel dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTD Eur.*, 2015, pages 529 à 554.

¹⁷² J. LEBLOIS-HAPPE, « La Cour de justice de l'Union européenne et la protection des droits fondamentaux dans la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle en matière pénale », *AJ pénal*, 2019, pages 302 à 307.

protection droits fondamentaux et exigence d'autonomie et d'efficacité du droit de l'Union apparaît aussi largement comme le résultat de sa jurisprudence.

On peut en effet distinguer trois « temps jurisprudentiels » relatifs à la mise en œuvre du MAE¹⁷³. Le premier temps jurisprudentiel court de 2013 et 2014. Il consacre une présomption de confiance mutuelle absolue et une protection abstraite des droits fondamentaux¹⁷⁴. Ces éléments sont confirmés par le large refus de reconnaître une exception à l'exécution du MAE basée sur la violation des droits fondamentaux¹⁷⁵. Cette solution s'appuie notamment sur le principe de primauté et à l'objectif d'efficacité technique du droit de l'Union européenne. On impose, renforce, confirme l'obligation quasi-automatique d'exécuter le mandat d'arrêt européen. Au sein du réseau judiciaire de l'Union, la CJUE donne priorité à l'effectivité au détriment de la validité et réduit le dialogue entre les juges de l'Union.

Le second temps jurisprudentiel, quelque peu « fondu » dans le premier, ne revient ni sur l'approche volontariste de la confiance mutuelle ni sur le principe de primauté absolue du droit de l'Union mais illustre une période d'incertitude quant à la place des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen. Il existe une prise en compte plus marquée des droits fondamentaux mais celle-ci conduit paradoxalement à une forme d'instrumentalisation des droits fondamentaux au bénéfice de l'efficacité. On remarque ainsi certains effets pervers d'arrêts en apparence neutres ou favorables aux droits fondamentaux. En parallèle, il existe pourtant un renforcement des droits procéduraux dans le cadre des procédures pénales par l'adoption de nouvelles directives européennes¹⁷⁶. Globalement, imposer la présomption de confiance mutuelle sans réel garde-fou relatif aux droits fondamentaux devient cependant de plus en plus difficile. Cette période est illustrée par les arrêts allant sur une période de 2015 à 2016.

Le troisième temps identifiable est celui de l'acceptation quant à la nécessité de protéger de manière suffisamment concrète les droits fondamentaux. Le risque est

¹⁷³ Ces temps sont les mêmes que ceux dégagés par E. XANTHOPOULOU à ceci près que nous estimons qu'il existe une période intermédiaire supplémentaire entre le premier et le deuxième temps identifiés par l'auteure. Voir E. XANTHOPOULOU, « Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 489 à 509.

¹⁷⁴ E. XANTHOPOULOU, « Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 489 à 509.

¹⁷⁵ CJUE (grande chambre), 29 janvier 2013, *Ciprian Vasile Radu*. Affaire C- 396/1111.

CJUE (grande chambre), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministero Fiscal*. Affaire C- 399/11.

¹⁷⁶ D. SAYERS, « The new Directive on the presumption of innocence: protecting the 'golden thread' », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/11/the-new-directive-on-presumption-of.html>, 2015 et update , dernière consultation décembre 2019.

autrement de voir le principe de primauté et l'autonomie du droit de l'Union à nouveau mis en cause. Les droits fondamentaux justifient alors dans des circonstances exceptionnelles le refus de reconnaissance et d'exécution du mandat d'arrêt européen. La CJUE détermine toujours le niveau de protection exigible, « adéquat », « suffisant », des droits fondamentaux dans le cadre de la coopération judiciaire pénale mais admet désormais que des contrôles concrets bien qu'exceptionnels puissent être opérés par les autorités judiciaires d'exécution vis-à-vis des droits fondamentaux. La CJUE a du revoir de façon plus convaincante l'articulation des principes structurants de la coopération judiciaire pénale en les adaptant, en les approfondissant, tout en poursuivant toujours encore l'ensemble des objectifs de la coopération judiciaire pénale. Cette phase est initiée en 2016 lors de la jurisprudence *Aranyosi*¹⁷⁷ de la CJUE et se poursuit actuellement. La DEE s'inscrit dans la lignée de ce troisième temps jurisprudentiel puisqu'elle semble proposer une vision plus relative de la confiance mutuelle au regard de la protection des droits fondamentaux¹⁷⁸.

Dans la jurisprudence de la CJUE, les droits fondamentaux apparaissent d'abord comme un outil limité du développement du DUE puis progressivement comme un élément de son autonomie¹⁷⁹. Le respect et la protection des droits fondamentaux deviennent une exigence de l'Union et de la CJUE envers les Etats membres, un moyen d'articuler et d'encadrer l'action des différents ordres juridiques et un élément de la singularité de l'Union¹⁸⁰.

La CJUE a dégagé une protection de plus en plus autonome et « prioritaire » des droits fondamentaux de l'Union sur le fondement de la CDFUE¹⁸¹. Par suite, ce sont les droits fondamentaux *de l'Union européenne* qui vont constituer le fondement puis l'exception de la confiance mutuelle. Le principe de confiance mutuelle est lié à la protection équivalente des droits fondamentaux reconnus au niveau de l'Union et surtout

¹⁷⁷ CJUE (grande chambre), 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*. Affaires jointes C- 404/15 et C-659/15 PPU.

¹⁷⁸ J. LEBLOIS-HAPPE, « La Cour de justice de l'Union européenne et la protection des droits fondamentaux dans la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle en matière pénale », *AJ pénal*, 2019, pages 302 à 307.

¹⁷⁹ L. AZOULAI « L'effectivité du Droit de l'Union européenne et les Droits fondamentaux », in A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG(dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Sous-coll. Colloques, 2018, pages 221 à 240.

¹⁸⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les droits fondamentaux, frein ou moteur de l'intégration européenne? », *Revue de l'Union européenne* n°627, 2019, pages 220 à 224.

¹⁸¹ Voir *supra*.

déterminée *par* l'Union. Malgré la reconnaissance théorique de la diversité des sources et des acteurs de la protection des droits fondamentaux, la CJUE semble en pratique largement vouloir écarter la concurrence des autres niveaux de protection lors de la mise en œuvre des instruments de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire pénale, en particulier le niveau national. Elle revendique le pouvoir de déterminer elle-même le degré et la méthode d'évaluation de la protection « suffisante » des droits fondamentaux qui accompagne le principe de primauté du droit de l'Union et est nécessaire à la confiance mutuelle. La CJUE a ainsi tendance à affirmer la primauté absolue et une autonomie renforcée du DUE, y compris en matière de droits fondamentaux. La CJUE réclame une forme d'auto-suffisance toujours plus importante du DUE, notamment en matière de coopération judiciaire pénale.

Malgré les prétentions de la CJUE, la question se pose quant à la réception, à l'acceptation par les autres acteurs de la coopération judiciaire pénale de la protection des droits fondamentaux définie par le DUE et la CJUE, au niveau national et international.

Cet enjeu explique d'ailleurs la reconnaissance du motif jurisprudentiel exceptionnel de non-exécution du mandat d'arrêt européen. Face au caractère irréfragable de la présomption de confiance mutuelle, les différents juges et autorités judiciaires ont revendiqué des exceptions concrètes relatives aux droits fondamentaux. Il faut s'assurer que la protection équivalente nécessaire à la confiance mutuelle soit suffisante, c'est-à-dire aussi suffisamment concrète. La coopération judiciaire pénale a nécessité une forme plus « complète » de confiance mutuelle que la seule présomption de confiance initialement proposée par la CJUE. Il a fallu intégrer une dimension plus « axiologique » de la confiance mutuelle quant au respect réel des valeurs communes à l'Union et aux Etats membres. Il existe un lien entre l'effectivité des valeurs sur lesquelles se fonde la confiance et l'effectivité de la confiance mutuelle elle-même¹⁸².

De même, l'affirmation ou la contestation de la primauté absolue et de l'autonomie du droit de l'Union s'est largement faite au travers de la question de la protection des droits fondamentaux. L'imbrication et les interactions des différents systèmes juridiques, en raison du caractère autonome mais intégré du droit de l'Union, induisent un dialogue plus ou moins conflictuel entre les différentes juridictions lorsqu'elles concrétisent les

¹⁸² G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Area*, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, Coll. I.E.E., 2005, 337 pages.

droits fondamentaux au niveau européen, international ou national¹⁸³. L'application particulièrement rigide du principe de primauté exigée par la CJUE se confronte à l'affirmation des Etats membres, et notamment de leurs juridictions suprêmes ou constitutionnelles, d'une primauté du DUE plus relative ou nulle face à leur constitution¹⁸⁴ ou au droit international relatif aux droits de l'Homme. Le principe de primauté présuppose l'existence d'ordres juridiques autonomes et, malgré l'affirmation d'un certain monisme, la réception du droit de l'Union dans les ordres juridiques nationaux passe par des structures et des procédures nationales¹⁸⁵. Celles-ci mettent en avant le juge national dont l'existence est prévue par la Constitution et qu'il se doit de respecter¹⁸⁶. La discussion des différents acteurs de la coopération en matière de protection des droits fondamentaux influence forcément l'approche relative au principe de primauté. Dans ce cadre, le dialogue des juges semble être une modalité d'existence du principe de primauté¹⁸⁷.

Ce travail de recherche s'appuiera alors également sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et sur celle de certaines juridictions suprêmes et constitutionnelles nationales lorsqu'il étudiera et évaluera l'articulation retenue des principes structurants de la coopération judiciaire pénale. Bien que cette thèse vise à appréhender une politique de l'Union européenne, la déraciner et en faire un objet isolé des influences du système international ou des Etats membres chargés de la mettre en œuvre ne semble ni souhaitable ni judicieux. Cela conduirait à écarter certains enjeux pourtant nécessaires à la compréhension de l'articulation des principes étudiés.

La position de la Cour européenne des droits de l'Homme est une donnée essentielle en raison de son rôle majeur dans la définition des standards minimaux relatifs à l'administration de la justice européenne, l'exercice du pouvoir coercitif et l'évaluation

¹⁸³ Voir notamment C. GREWE, *L'état des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. Droits Étrangers Volume n°15, 2018, pages 10 et 11.

¹⁸⁴ Voir notamment C. GREWE, *L'état des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. Droits Étrangers Volume n°15, 2018, pages 28 et 29.

¹⁸⁵ G. MARTI, « L'avenir de la primauté / le dialogue des juges ? », *Revue de l'Union européenne* n°593, 2015, pages 638 à 648.

¹⁸⁶ G. MARTI, « L'avenir de la primauté / le dialogue des juges ? », *Revue de l'Union européenne* n°593, 2015, pages 638 à 648.

¹⁸⁷ G. MARTI, « L'avenir de la primauté / le dialogue des juges ? », *Revue de l'Union européenne* n°593, 2015, pages 638 à 648.

Sur la difficulté que peut représenter le dialogue des juges et le pluralisme voir E. DUBOUT, « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt M.A.S. et M.B. », *RTD Eur.*, 2018, pages 563 à 586.

du respect des droits de l'Homme, notamment des articles 3, 5 et 6 CEDH¹⁸⁸. Elle s'est en particulier progressivement prononcée sur la protection des droits fondamentaux proposée par la CJUE dans le cadre des mécanismes de reconnaissance mutuelle des instruments de la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ. Les juridictions nationales constitutionnelles ou suprêmes restent quant-à-elles concernées par la revendication de la primauté et de l'autonomie du DUE, y compris en matière de droits fondamentaux. Cette revendication représente une tentative de la CJUE d'asseoir son autorité face aux juridictions nationales¹⁸⁹. Les juges nationaux ordinaires ont largement intégré leur rôle en tant que « juges de droit commun » du droit de l'Union¹⁹⁰ et se réfèrent assez volontiers à la CJUE. Leurs fonctions ont été renforcées par l'exercice du contrôle de conventionnalité relatif au respect et à la bonne application du droit de l'Union. Il n'en est cependant pas de même concernant les cours constitutionnelles et/ou suprêmes qui sont les plus hautes juridictions de leur ordre juridique interne et garantes de la Constitution. Pour ces juridictions, l'enjeu lié aux rapports de normes est doublé d'un enjeu relatif aux rapports entre autorités juridictionnelles¹⁹¹. Celles-ci vont être amenées à (re-)déterminer leur rôle dans un contexte de développement sans cesse plus important du DUE et de l'ELSJ si elles ne veulent pas voir leur autorité et leur prestige finalement éclipsés. Il s'agira notamment d'aborder la question des rapports entre la constitution et l'identité constitutionnelle¹⁹² ou la protection des droits de l'Homme avec la revendication de la

¹⁸⁸ C. FIJNAUT, *A peaceful revolution : the development of police and judicial cooperation in the European Union*, Cambridge, Antwerp et Chicago, Intersentia, 2019, 821 pages. J. LEBLOIS-HAPPE, « La Cour de justice de l'Union européenne et la protection des droits fondamentaux dans la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle en matière pénale », *AJ pénal*, 2019, pages 302 à 307. L. SINOPOLI, I. OMARJEE, M. ROCCATI, A. ANGELAKI, M. BERNELIN, A. FABRIZI, M. GKEGKA, A. NEDJARI, L. PAILLER, B. PASCALE, L. PEUCHMAUR, T. RACHO, J. RONDO, A. DA FONSECA, L. LASNIER, A. LOUBEYRE, S. PROSPER, L. RICHEFEU, C. SAUMAGNE, M.-B. VENENCIE, « Le pouvoir juridictionnel dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTD Eur.*, 2015, pages 529 à 554.

La Cour EDH ne doit pas être négligée car sa jurisprudence est notamment suivie par les juridictions nationales et les standards minimaux posés s'imposent en principe au droit de l'Union européenne.

¹⁸⁹ C. GREWE, *L'état des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. Droits Étrangers Volume n°15, 2018, 504 pages.

¹⁹⁰ J-M. SAUVÉ, « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », Congrès du 25ème anniversaire de l'Académie de droit européen (ERA) à Trèves le 19 octobre 2017, site officiel du Conseil d'Etat, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-autorite-du-droit-de-l-union-europeenne-le-point-de-vue-des-juridictions-constitutionnelles-et-supremes>, 2017, dernière consultation juillet 2020.

¹⁹¹ C. HAGUENAU-MOIZARD, « Les relations inégalitaires entre la Cour de justice et les juridictions nationales supérieures », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2018, pages 3 à 21.

¹⁹² Voir le danger de la réduction de la question de la protection des droits fondamentaux à un conflit d'identité dans L. AZOULAI « L'effectivité du Droit de l'Union européenne et les Droits fondamentaux », in A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG(dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Sous-coll. Colloques, 2018, pages 221 à 240.

primauté du droit de l'Union européenne dans le cadre de la protection des droits fondamentaux¹⁹³. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et la position des juridictions suprêmes nationales allemandes et françaises illustreront l'apport actuel du dialogue des juges relatif au principe de primauté et à la protection des droits fondamentaux¹⁹⁴.

Cette thèse met volontairement l'accent sur le rôle de grands acteurs juridictionnels concernant le développement de la coopération judiciaire pénale et la mise en articulation de ses principes structurants choisis. Dans ce cadre, il existe un intérêt particulier à s'appuyer sur l'exemple des systèmes français et allemand lorsqu'on observe la réception, les réactions et les revendications des Etats membres face aux solutions que peut proposer le DUE et la CJUE en matière de coopération judiciaire pénale. Le but n'est pas de réaliser une comparaison systématique de l'application allemande et française des instruments de la coopération judiciaire pénale. Cela a déjà été fait et n'est pas l'objet de la présente thèse¹⁹⁵. Le droit et la jurisprudence allemands et/ou français seront utilisés au soutien de la démonstration quand cela s'avèrera pertinent. Les positions des juridictions constitutionnelles et suprêmes allemandes et françaises des vis-à-vis de la protection des droits fondamentaux et de la revendication de la primauté par le droit de l'Union offrent une image particulièrement intéressante des différentes relations que les juridictions suprêmes des Etats membres entretiennent avec l'UE et la CJUE ainsi que l'influence de ces juridictions nationales au niveau européen. Ces juridictions ont récemment été amenées à prendre position et ont cherché à influencer le contenu et la portée du droit de l'Union.

Le prestige de la Cour constitutionnelle allemande et son attention particulière portée à la protection des droits fondamentaux en font une juridiction incontournable. Cette cour est connue et reconnue pour ses exigences en matière de protection des droits fondamentaux, y compris face au DUE et plus spécifiquement en matière de MAE lorsqu'elle revendique le respect de son identité constitutionnelle. D'autre part, l'exemple allemand permet de traiter des clauses additionnelles en matière de protection des droits

¹⁹³ L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84.

¹⁹⁴ G. MARTI, « L'avenir de la primauté / le dialogue des juges ? », *Revue de l'Union européenne* n°593, 2015, pages 638 à 648.

¹⁹⁵ D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages.

fondamentaux non prévues par la décision-cadre relative au MAE, parade également utilisée dans d'autres Etats membres, comme l'Italie ou l'Irlande. L'étude de la jurisprudence récente des juridictions suprêmes françaises permet d'illustrer d'autres positions nationales face au DUE et différentes techniques d'argumentation autour de la question de la protection des droits fondamentaux. La Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont une approche propre et spécifique vis-à-vis du DUE. L'observation de ces juridictions a également l'avantage d'introduire un niveau de concurrence supplémentaire et interne « *résultant de la coexistence de cours suprêmes, autonomes et non hiérarchisées* »¹⁹⁶.

Le choix de ces différentes juridictions s'explique encore par la volonté de démontrer différents types de relations entre les Etats membres et l'Union européenne, ou plutôt entre juridictions suprêmes des Etats membres et la CJUE, dans un contexte de fonctionnement « ordinaire », normal de la coopération judiciaire pénale afin d'en tirer des enseignements. Cette volonté de confronter les revendications en matière de protection des droits fondamentaux des juridictions des États membres, notamment au travers de leur identité constitutionnelle, a donc à l'inverse conduit à écarter l'exemple d'autres Etats comme la Pologne, aujourd'hui qualifiée d'Etat membre « illibéral »¹⁹⁷, ou l'exemple du Royaume-Uni en raison du « Brexit ». Leur absence de participation aux activités du nouveau Parquet européen est une autre raison de leur mise à l'écart¹⁹⁸. Ces Etats pourront éventuellement être mentionnés ponctuellement si nécessaire et pertinent.

L'étude de l'articulation des principes structurants de la coopérations judiciaire pénale s'appuiera donc principalement sur la jurisprudence de ces différentes juridictions¹⁹⁹ en matière de MAE et de DEE²⁰⁰ afin de déterminer si celle-ci est actuellement cohérente, acceptée et satisfaisante du point de vue des objectifs d'efficacité, d'autonomie et de validité du droit de l'Union. Il faudra en particulier déterminer si le motif de non-exécution du MAE et de la DEE relatif aux droits

¹⁹⁶ Voir F. OST et M. de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, page 104.

¹⁹⁷ Cette qualification découle des difficultés rencontrées dans cet Etat en matière d'état de droit et de respect des droits fondamentaux, voir *infra*.

¹⁹⁸ Voir suite de l'introduction *infra*.

¹⁹⁹ La Cour de justice de l'Union, la CourEDH, la cour constitutionnelle allemande, le conseil constitutionnel français, le Conseil d'état et la Cour de cassation.

²⁰⁰ Comme précisé *supra*, ce travail de recherche pourra néanmoins également s'appuyer sur les textes de droit quand cela est nécessaire et pertinent.

fondamentaux conduit à une telle articulation. Il conviendra d'observer *quand, où et comment* une protection concrète est prévue dans le système de coopération²⁰¹. Outre la mise en lumière des « avantages » que retire la CJUE de la méthodologie *Aranyosi*, il conviendra également d'adopter un point de vue plus critique sur celle-ci et sa logique. De même, la notion d'autorité judiciaire méritera une attention particulière en raison de son rôle principal dans la coopération.

Les leçons tirées dans le cadre de l'étude du MAE et de la DEE doivent ensuite conduire à observer ce qui constitue une nouvelle étape de l'intégration européenne dans le cadre de la coopération judiciaire pénale : le Parquet européen. Il conviendra d'observer si la mise en place du Parquet européen²⁰² propose une articulation (plus) optimale des principes structurants de la coopération judiciaire pénale que celle observée dans le cadre du MAE et de la DEE. En effet, le Parquet européen s'inscrit dans le même espace et est soumis aux mêmes principes et objectifs que ces instruments. Le Parquet européen peut d'ailleurs être amené à utiliser le MAE et la DEE et sera alors confronté aux problématiques que peut soulever leur utilisation en plus de ses propres contraintes de fonctionnement. Le Parquet européen est un prolongement de l'intégration européenne mais également de ses défis actuels bien qu'il s'agisse de pronostiquer ses performances futures.

L'article 86 TFUE prévoit la possibilité d'instituer un Parquet européen dans le but de combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union²⁰³. Proposé dès 2001 dans le Livre vert de la Commission européenne²⁰⁴, le Parquet européen a finalement été institué après un long et fastidieux parcours²⁰⁵ par le règlement (UE)

²⁰¹ M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue n°1, 2019, pages 17 à 48.

²⁰² Cela n'a pour l'instant fait l'objet que d'un travail doctrinal partiel, voir A. MOSNA, « Europäische Ermittlungsanordnung und Europäische Staatsanwaltschaft : Die Regelung grenzüberschreitender Ermittlungen in der EU », *ZStW* 131(3), 2019, pages 808 à 847.

²⁰³ Article 86(1) du TFUE.

²⁰⁴ Voir page 21 du Livre Vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen de la Commission européenne, COM(2001) 715 final, le 11.12.2001.

²⁰⁵ L'adoption du Règlement relatif au Parquet européen dans le cadre d'une coopération renforcée a notamment été précédée des travaux d'experts, le Corpus Juris sous la Direction de M. Delmas-Marty de 1997-1999 et des Règles modèles sous la direction de K. Ligeti de 2011, ainsi que de travaux législatifs dans le cadre du Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen de 2001 et le projet initial de Règlement de la Commission européenne de 2013.

2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017²⁰⁶ dans le cadre d'une coopération judiciaire renforcée entre vingt-deux Etats-membres²⁰⁷. Ce Parquet constitue un nouvel organe européen²⁰⁸ destiné à renforcer la coopération judiciaire pénale²⁰⁹. Le Parquet européen vise ainsi la protection « européenne » des intérêts financiers propres de l'Union européenne²¹⁰ et est destiné à devenir une autorité judiciaire d'enquête et de poursuite spécialisée²¹¹ de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice²¹².

L'Union et les États membres ont l'obligation de protéger les intérêts financiers de l'Union mais les infractions portant atteinte à ces intérêts ne faisaient pas l'objet d'enquêtes et de poursuites suffisantes de la part des autorités nationales jusqu'alors principalement compétentes²¹³. En effet, la fraude à la TVA représente chaque année au moins 50 milliards d'euros de ressources perdues pour l'Union européenne²¹⁴. Les irrégularités au budget de l'Union était d'environ 1,2 milliard d'euros en 2018 (hors fraude à la TVA)²¹⁵.

Afin de lutter plus efficacement contre ce type de criminalité, le Parquet européen est désormais compétent pour rechercher et poursuivre les auteurs et les complices

²⁰⁶ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen. Ci-après le « règlement relatif au Parquet européen ». Dans ce cadre, sauf précision contraire, lorsqu'il sera fait mention des Etats membres, il sera fait référence aux Etats membres participants à cette coopération renforcée.

²⁰⁷ L'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, la Croatie, Chypre, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, la Slovaquie et la Slovénie participent à la coopération renforcée.

²⁰⁸ Voir article 3(1)(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁰⁹ Voir le préambule du règlement relatif au Parquet européen, considérant (10) : « Conformément à l'article 86 du TFUE, le Parquet européen devrait être institué à partir d'Eurojust. Le présent règlement devrait dès lors établir des liens étroits entre ces deux structures sur la base d'une coopération mutuelle ». L'article 86 du TFUE, qui prévoit la possibilité d'instaurer un Parquet européen, est intégré dans le Chapitre 4 relatif à la « Coopération judiciaire en matière pénale ».

²¹⁰ Considérant (11) et article 4 du règlement relatif au Parquet européen.

²¹¹ Voir notamment considérant (11) du règlement relatif au Parquet européen.

²¹² Voir particulièrement considérant (1) du règlement relatif au Parquet européen. K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, Paris, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque de droit privé Tome n°597, 2020, 594 pages.

²¹³ Considérant (3) du règlement relatif au Parquet européen.

²¹⁴ J. THOMAS, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein Ausblick », *KriPoZ* ; 6(2021), 2, 2021, pages 106 à 114.

²¹⁵ Voir le procès-verbal de séance plénière 19/163 v.28.5.2020, 20324(C) et chiffres mentionnés chez J. THOMAS, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein Ausblick », *KriPoZ* ; 6(2021), 2, 2021, pages 106 à 114.

d'infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union²¹⁶. À cet égard, le Parquet européen diligente des enquêtes, effectue des actes de poursuite et exerce l'action publique devant les juridictions compétentes des États membres jusqu'à ce que l'affaire ait définitivement été jugée²¹⁷. Le Parquet européen a officiellement débuté ses activités le 1er juin 2021²¹⁸ et s'est saisi d'une première affaire emblématique : elle vise le Premier ministre tchèque Andrej Babis, accusé d'avoir détourné 11 millions d'euros de fonds européens²¹⁹.

Ce nouvel organe illustre le phénomène d'eupéanisation des dispositifs de lutte contre la fraude²²⁰ mais s'inscrit également dans la logique des instruments relevant de la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ²²¹. Bien que la coopération judiciaire pénale prenne une nouvelle forme, les mêmes principes structurants de primauté, de respect des droits fondamentaux et de confiance mutuelle devraient irriguer cette réalisation. Ces principes se traduiront néanmoins de façon particulière au regard des caractéristiques du Parquet²²². Il s'agit d'observer l'organisation et la structure du Parquet européen ainsi que la définition de ses compétences afin de déterminer si celles-ci permettent d'assurer un traitement convainquant des affaires tant en terme d'efficacité, d'autonomie que de validité de l'action.

²¹⁶ Il s'agit des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union prévues par la directive (UE) 2017/1371 et celles déterminées par le présent règlement. La question de la définition concrète de sa compétence matérielle ne sera traitée qu'en lien avec le pouvoir de déclenchement des enquêtes par le Parquet européen. Concernant l'étude de la compétence matérielle du Parquet européen, voir notamment I. WIECZOREK, *The Legitimacy of EU Criminal Law*, Oxford, Bloomsbury Publishing and Hart publishing, Coll Hart Studies in European Criminal Law, Volume 10, 2020, 272 pages.

²¹⁷ Article 4 du règlement relatif au Parquet européen.

²¹⁸ Il s'agit de la date indiquée sur le site officiel du Parquet européen, <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/eppo/#>.

²¹⁹ Affaire transférée par le parquet de Prague.

P. BRUNA, V. COURONNE, « Les nouveaux procureurs européens, des « Eliot Ness » à l'europeenne ? », <https://lessurligneurs.eu/les-nouveaux-procureurs-europeens-des-eliot-ness-a-leuropeenne/>, le 2 juillet 2021, dernière consultation août 2022.

²²⁰ Considérant (3) du règlement relatif au Parquet européen.

P. BEAUVAIS, M. BENLOLO-CARABOT, « Une avancée historique dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : la naissance du Parquet européen. À propos de l'adoption du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017 relatif à la création du Parquet européen », *RTD Eur.*, 2019, pages 225 à 239.

²²¹ Considérant (1) du règlement relatif au Parquet européen.

²²² La confiance mutuelle ne se traduit pas toujours par la technique de la reconnaissance mutuelle, voir C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, Bruxelles, Bruylant, Coll. droit de l'Union européenne, 2020, page 212.

En tant qu'organe de l'Union européenne, le Parquet européen doit respecter et protéger les droits fondamentaux tels que reconnus par le droit de l'Union européenne²²³. Le règlement déclare respecter les droits fondamentaux et observer les principes inscrits à l'article 6 du TUE et dans la charte, dans le droit international, dans les accords internationaux auxquels l'Union ou l'ensemble des États membres sont parties, y compris la CEDH, et dans les Constitutions des États membres dans leur champ d'application respectif²²⁴. Le Parquet européen doit veiller à ce que les droits inscrits dans la charte soient respectés lorsqu'il agit²²⁵ et est lié par les principes d'état de droit et de proportionnalité²²⁶. S'agissant d'un nouveau stade de l'intégration, on peut supposer que la protection des droits fondamentaux devrait être importante et correctement prise en compte et que le Parquet européen soit une autorité judiciaire suffisamment protectrice. Le niveau concret de protection devrait être clairement indiqué et assez élevé. La protection des données à caractère personnel ne sera pas traitée dans ce cadre puisqu'elle n'est pas spécifique au Parquet européen²²⁷ et a déjà fait l'objet de nombreux commentaires.

Outre son organisation et sa structure, le règlement portant création du Parquet européen régit explicitement les enquêtes et poursuites menées au nom du Parquet européen. Lorsqu'une question est régie à la fois par le droit national et par le règlement, le règlement prévaut conformément au principe de primauté du droit de l'Union²²⁸. Le droit national ne s'applique que dans la mesure où une question n'est pas réglée par le règlement. La clarté et la facilité d'application du règlement et du droit de l'Union auquel il est fait référence devraient être un indicateur de la place et de l'efficacité réelles du droit de l'Union dans la mise en place du Parquet européen. Le principe de primauté devrait pouvoir s'appuyer sur un droit de l'Union suffisamment harmonisé afin de pouvoir unifier et autonomiser efficacement le droit applicable matière d'enquête et de poursuite ainsi qu'en matière de protection des droits fondamentaux. Le cadre procédural des enquêtes

²²³ Voir notamment l'article 51(1) de la CDFUE.

²²⁴ Considérant (80) du règlement relatif au Parquet européen.

²²⁵ Article 5(1) du règlement relatif au Parquet européen. Le chapitre VI « Garanties procédurales » comprend deux articles spécifiquement dédiés à la protection des droits fondamentaux : l'article 41 relatif à la « *Portée des droits conférés aux suspects et aux personnes poursuivies* » et l'article 42 relatif au « *Contrôle juridictionnel* ».

²²⁶ Article 5(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²²⁷ Voir notamment les considérants 90 à 99 et le chapitre VIII du règlement relatif au Parquet européen.

²²⁸ Article 5(3) du règlement relatif au Parquet européen.

et des poursuites du Parquet européen devrait témoigner de l'approfondissement de l'intégration européenne²²⁹ à travers des règles européennes uniformisant d'avantage les pouvoirs du Parquet par rapport à la technique de reconnaissance mutuelle. *In fine*, il est question de savoir si les intérêts de l'Union européenne seront efficacement protégés en pratique, de la façon la plus autonome possible.

Enfin, une forme de confiance pourrait et devrait s'exprimer dans le cadre des activités du Parquet européen, envers lui et entre les Etats membres²³⁰. Une forme de présomption de confiance, c'est-à-dire l'idée d'une protection en principe suffisante et équivalente des droits fondamentaux, devrait soutenir l'efficacité des activités du Parquet. Afin que la confiance puisse participer à l'autonomie et l'efficacité du droit régissant la mise en place et les activités du Parquet européen, la présomption de protection équivalente des droits fondamentaux sur laquelle elle se fonde devrait être suffisamment forte, européanisée et uniformisée. Les qualités intrinsèques du Parquet en tant qu'autorité judiciaire devraient aussi faire l'objet d'une attention particulière. Dans le cadre de sa dimension plus concrète, pratique, la confiance devrait notamment se traduire par certaines garanties procédurales permettant de contrôler concrètement le respect des droits fondamentaux, dont les droits de la défense.

L'étude sur le Parquet européen se limitera à celle du règlement instituant cet organe et, quant cela s'avère pertinent, au règlement intérieur du Parquet européen²³¹, au droit européen ou national auxquels il renvoie. Il conviendra ainsi de s'appuyer sur la directive « PIF »²³² ou d'illustrer certains aspects de l'organisation et des pouvoirs du Parquet européen au travers des exemples français et allemands. En effet, il est trop tôt pour que la CJUE ait eu à se prononcer. Ensuite, bien que le Parquet européen ait déjà

²²⁹ C. TRENTMANN, « Eurojust und Europäische Staatsanwaltschaft – Auf dem richtigen Weg? », *ZStW* 129(1), 2017, pages 108 à 145.

²³⁰ A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Oxford, Bloomsbury Publishing and Hart Publishing, Coll. Hart Studies in European Criminal Law, 2020, 352 pages. Voir aussi J.-S. BERGÉ, « L'ELSJ est l'avenir de l'UE ! », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2017/03/31/liberte-de-circulation/lelsius-est-lavenir-de-lue/>, 2017, dernière consultation novembre 2019.

²³¹ Règlement intérieur du Parquet européen adopté le 12 octobre 2020 par Décision du Collège du Parquet européen 003/2020, tel que modifié et complété par la Décision 085/2021 du 11 août 2021 et la Décision 026/2022 du 29 juin 2022.

²³² Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal.

fait l'objet de thèses²³³ ou d'articles²³⁴, l'étude du Parquet européen proposée vise une mise en perspective particulière. Les critiques et les remarques qui ont déjà été formulées par la doctrine pourront alors être intégrées au regard de l'axe de recherche choisi. Enfin, une approche ponctuelle comparée entre le système français et allemand prolongera celle menée au préalable et permettra de démontrer d'éventuelles difficultés liées aux activités du Parquet européen dans les Etats membres participants.

L'intérêt spécifique porté à la réaction des Etats Membres²³⁵ explique que certaines questions, notamment celle relative à la coopération du Parquet européen avec l'OLAF, Eurojust ou Europol, ne soient pas approfondies. Il est vrai qu'aborder une telle question aurait pu être justifié au regard du rapport du Parquet européen de 2021²³⁶. Celui-ci mentionne en effet l'existence de 171 rapports d'infraction adressés par l'OLAF, dont 85 ont conduit à un exercice de compétence et à 12 affaires pendantes au moment de sa rédaction. Les principaux signalements sont néanmoins intervenus en début d'exercice du Parquet européen et ce nombre a ensuite baissé assez significativement²³⁷. Concernant les relations entretenues par Europol avec le Parquet européen, un nouveau règlement a été adopté en juin 2022²³⁸ et contient un article 20 bis lui permettant d'échanger des informations avec le Parquet européen. Cet article prévoit toutefois la

²³³ H. CHRISTODOULOU, *Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses volume n°201, 2021, 518 pages.

²³⁴ D. MAGNUS, « Europäische Staatsanwaltschaft - Vorzüge und Schwächen des aktuellen EU-Verordnungsvorschlags », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 06/2015, 2015, pages 181 à 186. J. THOMAS, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein Ausblick », *KriPoZ* ; 6(2021), 2, 2021, pages 106 à 114. C. TRENTMANN, « Eurojust und Europäische Staatsanwaltschaft – Auf dem richtigen Weg? », *ZStW* 129(1), 2017, pages 108 à 145. G. TAUPIAC-NOUVEL et A. BOTTON, « Coopération renforcée pour la création du Parquet européen. Aspects procéduraux du règlement (UE) du 12 octobre 2017 », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 5, doct. 122, 29 Janvier 2018, pages 204 à 211. K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, 219 pages. T. RAFARACI et R. BELFIORE, *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, 227 pages. D. LÖFFLER, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein wirksames Instrument zur Bekämpfung von Korruption? », *JuWissBlog*, Nr. 96/2019 v. 31.10.2019, <https://www.juwiss.de/96-2019/>, 2019, dernière consultation juin 2021.

²³⁵ Voir introduction *supra*.

²³⁶ Rapport annuel du Parquet européen de 2021, 2529-3486, Luxembourg, 2022, 92 pages. consultable: https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2022-08/EPPO-Annual-Report-2021-FR_0.pdf. Voir la discussion soulevée page 10. Entré en fonction le 1er juin 2021, le Parquet européen a adopté son premier rapport annuel le 24 mars 2022 pour couvrir ses 7 premiers mois d'activité.

²³⁷ En décembre 2021, seuls 3 rapports ont été transmis contre 71 rapports délivrés en mai 2021.

²³⁸ Règlement (UE) 2022/991 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2022 modifiant le règlement (UE) 2016/794 en ce qui concerne la coopération d'Europol avec les parties privées, le traitement de données à caractère personnel par Europol à l'appui d'enquêtes pénales et le rôle d'Europol en matière de recherche et d'innovation.

possibilité pour un Etat membre de limiter l'utilisation de ces informations²³⁹. Enfin, dans le cadre des activités d'Eurojust, un accord de travail a été adopté le 12 février 2021²⁴⁰ pour permettre une coopération opérationnelle avec le Parquet européen. Dans son rapport de 2021²⁴¹, Eurojust mentionne alors l'existence de deux affaires : l'une menée en coopération avec le Parquet européen et l'Allemagne et l'autre menée avec la Suède et le Parquet européen. L'éventuel palliatif que peut représenter la coopération entre le Parquet et ces institutions semble donc en cours de réflexion. Les relations entretenues entre le Parquet européen et ces trois institutions mériteraient dans un futur proche de faire l'objet d'une nouvelle thèse plus spécifique.

²³⁹ article 20 bis, 4) dernier paragraphe du règlement : « Lorsque les informations relatives à un comportement délictueux à l'égard duquel le Parquet européen pourrait exercer sa compétence ont été fournies à Europol par un État membre qui a notifié des limitations d'utilisation de ces informations en vertu de l'article 19, paragraphe 2, du présent règlement, Europol informe le Parquet européen de l'existence de ces limitations et en réfère à l'État membre concerné. L'État membre concerné entre directement en contact avec le Parquet européen afin de se conformer à l'article 24, paragraphes 1 et 4, du règlement (UE) 2017/1939.».

²⁴⁰ Accord de travail entre le Parquet européen et l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale du 12 février 2021 : https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/2021-02/working_arrangement_eppo_fr.pdf

²⁴¹ Rapport annuel d'EUROJUST 2021 « 20 years of criminal justice across borders » : <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/eurojust-annual-report-2021-fr.pdf>

Cette thèse se divisera en deux parties. Le premier axe de démonstration cherchera à dégager une « grille de lecture » théorique des interactions entre les principes structurants de la coopération judiciaire pénale (**Partie 1**). Cette partie s'appuie sur l'étude du MAE et de la DEE qui illustrent la forme la plus commune de la coopération, à savoir la technique de la reconnaissance mutuelle. Elle mettra en lumière les bases nécessaires et les enjeux théoriques du fonctionnement cohérent de la coopération judiciaire pénale par rapport à ses objectifs. Les relations entre les différents principes admettent et reposent sur un jeu entre fondement, principe et exception. L'articulation proposée semble en théorie cohérente à la condition essentielle que le niveau de protection des droits fondamentaux envisagé soit suffisant.

Il s'agit ensuite de confronter la théorie à la pratique. Le deuxième axe de démonstration cherchera à mettre en lumière les enjeux pratiques et défis actuels dans la recherche de cohérence de la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ, d'abord sous sa forme la plus répandue de la reconnaissance mutuelle et puis sous sa forme la plus récente dans le cadre du Parquet européen (**Partie 2**). Il s'agit à chaque fois de tirer des leçons supplémentaires pour le futur de la coopération judiciaire. La mise en œuvre des instruments du MAE et de la DEE ainsi que la mise en place d'un nouveau Parquet européen questionnent toujours le niveau concret de protection des droits fondamentaux²⁴² et semblent parfois démontrer une « sur-spécialisation » de ces instruments/cet organe au détriment d'une cohérence d'ensemble. Les efforts d'uniformisation ou, à l'inverse, de respect du pluralisme par le droit de la coopération judiciaire pénale ne semblent pas toujours placés au bon endroit. Le choix a été fait de séparer les défis soulevés par les instruments de reconnaissance mutuelle de ceux qui pourront résulter de la mise en place du Parquet européen.

²⁴² Sur le danger d'un abandon du souci d'équilibre chez L. AZOULAI « L'effectivité du Droit de l'Union européenne et les Droits fondamentaux », in A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG(dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Sous-coll. Colloques, 2018, pages 221 à 240.

Persistance de la tendance sécuritaire dénoncée chez L. SINOPOLI, I. OMARJEE, M. ROCCATI, A. ANGELAKI, M. BERNELIN, A. FABRIZI, M. GKEGKA, A. NEDJARI, L. PAILLER, B. PASCALE, L. PEUCHMAUR, T. RACHO, J. RONDO, A. DA FONSECA, L. LASNIER, A. LOUBEYRE, S. PROSPER, L. RICHEFEU, C. SAUMAGNE, M.-B. VENENCIE, « Le pouvoir juridictionnel dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTD Eur.*, 2015, pages 529 à 554.

PARTIE I: L'articulation théorique des principes structurants : une adaptation au regard des droits fondamentaux

Le principe du respect des droits fondamentaux a longtemps été un enjeu sous-estimé et simplifié dans le cadre de la coopération judiciaire pénale de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice. Il constitue aujourd'hui un enjeu renouvelé. C'est en raison de l'articulation du principe de respect des droits fondamentaux avec le principe de confiance mutuelle et le principe de primauté du droit de l'Union qu'une adaptation ou une discussion progressive de ces principes a pu être observée.

Dans un premier temps, la protection des droits fondamentaux a influencé les différentes dimensions, formelle et matérielle, de la confiance mutuelle. Le principe de respect des droits fondamentaux a d'abord fondé la présomption de confiance mutuelle, conformément à l'objectif d'efficacité « technique » de la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ. Le même principe a ensuite justifié les exceptions ponctuelles et concrètes à cette présomption de confiance mutuelle. L'efficacité technique est ainsi conciliée avec l'objectif de validité, voire *in fine* renforcée par le développement de la protection des droits fondamentaux. Le principe de confiance mutuelle a été adapté, complété au regard de la protection d'abord abstraite puis plus concrète des droits fondamentaux (**Chapitre 1**).

Dans un second temps, la relation du principe de respect des droits fondamentaux et du principe de primauté est plus plus ambiguë. Elle se traduit de différentes façons selon les différents « juges de l'Union ». Du point de vue de la jurisprudence de la CJUE, le principe de respect des droits fondamentaux est venu confirmer le principe absolu de primauté et progressivement renforcer l'autonomie du droit de l'Union. Du point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme et des juridictions nationales suprêmes ou constitutionnelles, le principe de respect des droits fondamentaux est un moyen de conditionner ou de limiter la primauté du droit de l'Union. Ainsi, l'autonomie du droit de l'Union reste discutée et il est nécessaire de prendre en compte le caractère pluriel et « multi-niveaux » de la protection européenne des droits fondamentaux (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1: L'approfondissement de la confiance mutuelle : de l'obligation formelle à l'exception concrète en vertu de la protection des droits fondamentaux

La Cour de justice de l'Union européenne a consacré le lien entre le principe de confiance mutuelle et le principe du respect des droits fondamentaux dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale²⁴³.

Afin de garantir la plus grande efficacité possible du MAE, de la DEE et de la coopération judiciaire pénale, la Cour de justice a d'abord adopté une approche avant tout formelle du principe de confiance mutuelle et un haut niveau d'abstraction du principe du respect des droits fondamentaux (**Section 1**). La présomption de protection des droits fondamentaux implique et justifie l'existence d'une présomption de confiance mutuelle²⁴⁴ (quasi-)irréfragable quant au respect des droits fondamentaux. La CJUE maintient encore aujourd'hui cette première approche formelle de la confiance mutuelle, fondée sur une protection abstraite des droits fondamentaux, bien que celle-ci soit désormais adoucie par l'élaboration d'une seconde approche plus matérielle.

En raison du déséquilibre constaté entre la confiance mutuelle exigée et le respect des droits fondamentaux concrètement assuré, la CJUE a dû trouver le moyen d'assurer une protection plus concrète et adaptée des droits fondamentaux lorsque la présomption n'est plus possible. L'approche formelle de la confiance mutuelle va ainsi être complétée par une approche plus substantielle, matérielle. La reconnaissance d'un motif de non-exécution du MAE puis de la DEE introduit en théorie une exception ponctuelle et encadrée à la confiance mutuelle, fondée sur la violation des droits fondamentaux (**Section 2**). L'introduction d'une telle exception ne remet pas en cause l'obligation de principe d'exécution du MAE ou de la DEE, ni le principe de la présomption de confiance mutuelle. La présomption n'a pas disparu mais a pris un tour différent. La réfragabilité de la présomption de confiance mutuelle est exceptionnelle. L'exception dégagée ne diminue pas la force de la confiance mutuelle, c'est même le contraire.

²⁴³ Ce lien a été explicitement fait pour la première fois en matière de coopération judiciaire pénale au point 50 de l'arrêt CJUE (deuxième chambre), 30 mai 2013, *Jeremy F*. Affaire C- 168/13 PPU. Ci-après « l'arrêt *Jeremy F* ». Puis dans CJUE (assemblée plénière), 18 décembre 2014, *avis 2/13*, point 168. Ci-après « *avis 2/13* ». Voir aussi DEE : considérant (19) de la directive DEE.

Voir à ce sujet C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, Bruxelles, Bruylant, Coll. droit de l'Union européenne, 2020, pages 255 à 259.

²⁴⁴ Voir point 168 de l'*avis 2/13*.

Section 1: Un degré de confiance mutuelle élevé : la protection d'abord présumée et abstraite des droits fondamentaux

Dans un premier temps et en principe, la confiance mutuelle est considérée comme un acquis et une donnée de l'intégration²⁴⁵. La Cour de justice envisage la confiance mutuelle comme une obligation formelle qui prend la forme d'une présomption très forte de confiance mutuelle, et la protection des droits fondamentaux, comme une protection suffisante et principalement abstraite au service de la présomption. Le principe du respect des droits fondamentaux est ainsi surtout « utilisé » vis-à-vis du principe de confiance mutuelle, malgré son importance propre, afin de soutenir la plus grande efficacité possible de la coopération judiciaire pénale et de ses instruments.

La protection des droits fondamentaux est d'abord déclarée, présumée en tant que fondement de la confiance mutuelle. La justification théorique de la confiance mutuelle se situe dans *l'assurance* de la protection des droits fondamentaux par les textes du droit de l'Union européenne **(1)**. A travers un référentiel commun, la CJUE veille au développement d'une présomption d'équivalence des protections entre les différents systèmes juridiques des Etats membres²⁴⁶. Le principe de confiance mutuelle est alors difficilement contestable d'un point de vue axiologique. Une obligation générale de respect des droits fondamentaux semble suffire à fonder le principe de la confiance mutuelle.

Ensuite, la Cour de justice affirme l'existence d'un degré de confiance *élevé*. En vérité, la Cour a adopté une interprétation très volontariste afin d'affirmer une confiance absolue et faire de la présomption de confiance mutuelle une présomption (quasi-)irréfragable **(2)**. En conséquence et en pratique, la protection des droits fondamentaux reste largement limitée et abstraite. La protection des droits fondamentaux ne devait en principe servir que de fondement justificatif et théorique et non pas d'exception concrète et effective à la confiance mutuelle. La confiance mutuelle ne connaîtra d'exception liée aux droits fondamentaux qu'à partir de l'arrêt *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru* du 5 avril 2016 dans le cadre du MAE.

²⁴⁵ C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, Bruxelles, Bruylant, Coll. droit de l'Union européenne, 2020, page 260.

²⁴⁶ L. AZOULAI, « L'effectivité du Droit de l'Union européenne et les Droits fondamentaux », in A. BOUVERESSE et D. RITLENG(dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Sous-coll. Colloques, 2018, pages 221 à 240.

1) La protection des droits fondamentaux dans les textes, fondement de la confiance mutuelle

Les droits fondamentaux inscrivent l'Union européenne et ses Etats membres dans le libéralisme politique²⁴⁷. Les droits fondamentaux justifient et contre-balancent l'aspect parfois très « technique » du droit de l'Union européenne. Cela est particulièrement important en matière pénale, qui implique nécessairement des restrictions des droits fondamentaux²⁴⁸.

Le MAE et la DEE affirment donc leur attachement aux valeurs fondamentales et aux droits fondamentaux par l'Union européenne. Le « chaînage » entre la technique de reconnaissance mutuelle, la présomption de confiance mutuelle et la protection dite suffisante²⁴⁹ ou adéquate²⁵⁰ des droits fondamentaux légitime l'efficacité technique du MAE et de la DEE²⁵¹. La garantie (théorique) en amont des droits fondamentaux dans et par l'UE permet notamment de concrètement limiter les contrôles des autorités judiciaires d'exécution, y compris ceux portant sur le respect des droits fondamentaux²⁵².

Le degré de confiance élevé sur lequel ils reposent²⁵³ implique que la protection des droits fondamentaux soit en principe solide et claire. Pourtant, hormis certains motifs

²⁴⁷ Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, deuxième paragraphe.

²⁴⁸ C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, Bruxelles, Bruylant, Coll. droit de l'Union européenne, 2020, page 512 et suivantes.

²⁴⁹ Le considérant (8) de la DC MAE évoque des contrôles « suffisants ».

²⁵⁰ La Cour de justice recherche toujours une solution de compromis prenant en compte la nécessité de protéger les droits fondamentaux et la volonté de maintenir la plus grande efficacité possible de la coopération judiciaire pénale et de ses instruments.

²⁵¹ Concernant le MAE : CJUE (grande chambre), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministero Fiscal*. Affaire C- 399/11. Ci-après « l'arrêt Melloni ». Point 37 : « *Ladite décision-cadre 2002/584 tend ainsi, par l'instauration d'un nouveau système simplifié et plus efficace de remise des personnes condamnées ou soupçonnées d'avoir enfreint la loi pénale, à faciliter et à accélérer la coopération judiciaire en vue de contribuer à réaliser l'objectif assigné à l'Union de devenir un espace de liberté, de sécurité et de justice* ». Concernant la DEE : conformément au considérant (21) de la directive DEE, cet instrument vise à « *garantir une coopération rapide, efficace et cohérente entre les Etats membres en matière pénale* », notamment en combinaison avec l'objectif de « *reconnaissance mutuelle des décisions prises aux fins de l'obtention de preuves* », considérant (38) de la directive DEE.

²⁵² B. NICAUD, « La reconnaissance mutuelle...jusqu'où ? », *AJ Pénal*, 2019, pages 299 à 301.

²⁵³ MAE : voir le considérant (10) DC MAE et point 34 de l'arrêt *Radu* et point 37 de l'arrêt *Melloni*. DEE : La confiance mutuelle apparaît peut être plus relative dans la directive DEE et la jurisprudence de la CJUE (discutée *infra*) mais elle est néanmoins attestée au considérant (19) directive DEE.

de non-exécution en lien avec certains droits fondamentaux précis aux articles 3²⁵⁴, 4²⁵⁵ et 4bis²⁵⁶, c'est essentiellement par renvoi que la décision-cadre MAE rappelle cet attachement²⁵⁷. En particulier, il n'existe pas de motif de non-exécution relatif à la violation des droits fondamentaux ou de « *condition matérielle relative aux droits fondamentaux* »²⁵⁸ prévu dans le texte. La protection des droits fondamentaux sur laquelle s'appuie la présomption de confiance mutuelle est consacrée dans les autres textes de droit l'Union. La directive relative à la DEE comprend, elle, un motif de refus d'exécution spécifique aux droits fondamentaux²⁵⁹ mais celui-ci renvoie également à ces mêmes textes²⁶⁰.

La consécration des droits fondamentaux découle de différents textes de droit de l'Union européenne. En ce sens, les droits fondamentaux irriguent l'ensemble de l'ordre juridique de l'Union européenne et légitiment le projet européen dans son ensemble comme ses différents domaines d'intervention (ELSJ, coopération judiciaire pénale) et leurs concrétisations (MAE, DEE). Il existe ainsi une forme d'harmonisation transversale²⁶¹ de la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Les textes en question ont des valeurs juridiques différentes et représentent différents degrés de concrétisation des droits fondamentaux. L'importance accordée aux droits fondamentaux semble souvent inversement proportionnelle à leur degré de

²⁵⁴ Article 3(2) DC MAE en lien avec le principe *ne bis in idem*, article 3(3) DC MAE par rapport aux droits de l'enfant. Voir développement *infra*.

²⁵⁵ Article 4(1) DC MAE en lien avec le principe de l'égalité, article 4(2)(3)(5) DC MAE concernant le principe *ne bis in idem*. Voir développement *infra*.

²⁵⁶ Cette disposition est relative au procès *in absentia*, en lien avec le droit à un procès équitable.

²⁵⁷ Article 1(3), considérants (10), (12), (13), (14) DC MAE. Seuls les articles 11, relatif aux droits de la personne recherchée, 14 et 19 DC MAE, concernant l'audition la personne à remettre, sont un peu plus précis.

²⁵⁸ Ce terme est employé dans les travaux de G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'union européenne ; contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation aux décisions de justice*, Paris, Institut Universitaire Varenne, Coll. Thèses n°50, 2011, pages 305 à 371.

²⁵⁹ Article 11 (1) f) de la directive DEE.

²⁶⁰ Article 11(1) f) de la directive DEE : « (...) la reconnaissance ou l'exécution d'une décision d'enquête européenne peut être refusée dans l'État d'exécution lorsque: f) il existe des motifs sérieux de croire que l'exécution de la mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne serait incompatible avec les obligations de l'État d'exécution conformément à l'article 6 du traité sur l'Union européenne et à la charte ».

²⁶¹ C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, Bruxelles, Bruylant, Coll. droit de l'Union européenne, 2020, pages 137 à 141.

concrétisation. On retrouve ainsi les droits fondamentaux dans le droit primaire de l'Union, qu'ils soient abordés de façon générale dans le TUE **(a)** ou intégrés dans le texte spécifique de la CDFUE **(b)**. Ces textes posent une obligation générale de protection des droits fondamentaux. S'il est symboliquement fort²⁶² que les droits fondamentaux soient intégrés dans des textes d'une telle valeur juridique, la concrétisation de cette protection reste incertaine. La question du degré et du niveau de protection des droits fondamentaux dépend de la jurisprudence de la CJUE. La protection des droits fondamentaux est ensuite présente dans le droit dérivé, dans le cadre du fameux « paquet » de directives relatives au droit à un procès équitable **(c)**. Ces directives visent à davantage de protection concrète mais celle-ci reste limitée par plusieurs aspects.

Les éléments qui nourriront la critique vis-à-vis de la confiance mutuelle « aveugle »²⁶³ sont alors déjà identifiables. Le fondement des droits fondamentaux est indispensable mais a fait l'objet d'un haut niveau d'abstraction qui nourrit les craintes et l'insatisfaction des cours constitutionnelles et suprêmes des Etats membres.

²⁶² H. TAGARAS, « La valeur ajoutée de la charte des droits fondamentaux. Une tentative de bilan à l'approche du dixième anniversaire de son application », *C.D.E.*, 2019/1, 2019, pages 33 à 90.

²⁶³ Voir notamment H. LABAYLE, « Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/03/cooperation-judiciaire-penale/mandat-darret-europeen-et-degre-de-protection-des-droits-fondamentaux-quand-la-confiance-se-fait-aveugle/>, 2013, dernière consultation novembre 2019.

a) Le TUE : Un ordre juridique protecteur autonome et intégré

L'Union européenne est une Union de droit et une Union politique. Le TUE pose les bases du système de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne. Il consacre les valeurs fondamentales de l'Union, communes à l'ensemble de ses acteurs, ainsi que les caractéristiques spécifiques de la protection des droits fondamentaux dans un ordre juridique autonome et intégré. La CJUE dispose des bases lui permettant de faire des droits fondamentaux le fondement de la confiance mutuelle.

L'article 2 du TUE est pour ainsi dire la reconnaissance « source »²⁶⁴ des droits fondamentaux en droit de l'Union. Ainsi, « *l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux Etats membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ». Bien que les droits de l'homme²⁶⁵ soient énoncés séparément, les autres valeurs consacrées peuvent être liées aux droits fondamentaux²⁶⁶. Le préambule de la Charte des droits fondamentaux y fait notamment référence en tant que « *valeurs indivisibles et universelles* » de l'Union européenne²⁶⁷.

Le caractère commun et universel de ces valeurs permet d'envisager une protection propre et uniforme des droits fondamentaux dans l'Union européenne, commune à tous les Etats membres. Ces valeurs communes à tous les Etats membres devraient plus généralement créer une identité « européenne » homogène dans l'ensemble du « territoire » de l'Union européenne, favorable à la confiance mutuelle. Ces valeurs doivent d'ailleurs déjà être respectées par l'Etat candidat afin de pouvoir adhérer

²⁶⁴ Dans le sens où ce texte a valeur de droit primaire et représente la consécration la plus générale et symbolique que l'on puisse trouver en droit de l'Union européenne.

²⁶⁵ Les expressions « droits de l'Homme » et « droits fondamentaux » ont des sens différents mais se recoupent, voire introduction générale *supra*.

²⁶⁶ Le lien entre la dignité ou l'état de droit et les droits fondamentaux sera notamment développée *infra* au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. On soulignera également l'existence du Chapitre II de la CDFUE intitulé « Liberté » ou encore le principe de « l'égalité en droit » de l'article 20 CDFUE, l'existence du lien entre la solidarité et les droits sociaux au Chapitre IV de la CDFUE et l'existence d'un Chapitre V sur la citoyenneté et la démocratie dans la CDFUE.

²⁶⁷ Voir Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, deuxième paragraphe.

à l'Union²⁶⁸ et continuent d'être protégées après l'adhésion dans le cadre de la procédure politique spécifique prévue à l'article 7 du TUE. Le lien entre les valeurs de l'article 2 du TUE, l'article 7 du TUE et le principe de confiance mutuelle est explicité dans la décision-cadre du MAE au considérant n°10. La légitimité de l'action européenne et de ses acteurs est alors globale et propre à l'Union européenne.

La reconnaissance de valeurs communes dont le respect des droits fondamentaux et son utilisation en tant que fondement de la confiance mutuelle soulève pourtant certaines difficultés. Malgré le libéralisme politique qui caractérise en principe les Etats membres et le partage général de valeurs communes au sein de l'Union, il n'en demeure pas moins que de possibles divergences de compréhension et de définition de ces valeurs surviennent²⁶⁹. Les différents acteurs de l'Union européenne sont marqués par leurs propres cultures et traditions juridiques. Ils peuvent par exemple alors envisager différemment les notions d'état de droit²⁷⁰ ou de dignité humaine²⁷¹ que l'Union européenne ou que d'autres Etats membres. L'Allemagne a une conception bien plus large de la valeur de la dignité humaine présente dans sa Loi fondamentale²⁷² que celle de la CJUE²⁷³. Cette divergence de compréhension peut potentiellement influencer l'approche des acteurs en matière de respect des droits fondamentaux²⁷⁴. La difficulté à définir précisément les notions contenues dans les valeurs communes pourrait expliquer

²⁶⁸ Les critères de Copenhague (ou d'adhésion) sont la liste des conditions que doit réunir un pays qui souhaite présenter sa candidature pour adhérer à l'UE. Cette liste a été définie lors du Conseil européen de Copenhague en 1993 et renforcée lors du Conseil européen de Madrid en 1995. Le critère « politique » renvoie à la présence d'institutions stables garantissant la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection.

²⁶⁹ C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, Bruxelles, Bruylant, Coll. droit de l'Union européenne, 2020, pages 283 à 298.

²⁷⁰ C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, *op. cit.*, pages 290 à 298.

²⁷¹ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14.

²⁷² Voir la Loi Fondamentale allemande, article 1 intitulé « Dignité de l'être humain, caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique » : « (1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. (2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde ».

²⁷³ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14.

²⁷⁴ C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, *op. cit.*, pages 284 à 288.

que la CJUE ait d'abord préféré se fonder strictement sur les droits fondamentaux. L'élargissement du contenu de la confiance mutuelle soulèvera de nouvelles questions²⁷⁵.

D'autre part, le respect des valeurs communes connaît une forme de relativité dès sa reconnaissance textuelle. Le respect de ces valeurs est un principe mais également un objectif à poursuivre. L'Union européenne et ses Etats membres doivent les respecter mais aussi les promouvoir²⁷⁶. Il existe alors un paradoxe où les droits fondamentaux sont à la fois un fondement et un but à atteindre.

Ce paradoxe est général puisque l'identité européenne a vocation à s'exprimer dans et hors l'Union européenne. En effet, « *dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts, contribue à la protection de ses citoyens* »²⁷⁷. Le respect des valeurs fondamentales par l'Union européenne devrait s'exprimer uniformément qu'il s'agisse de la politique intérieure ou extérieure de celle-ci. L'Union se montre pourtant plus flexible en matière d'état de droit, de démocratie et de respect des droits fondamentaux dans le cadre de la dimension extérieure de l'ELSJ et de la PESC²⁷⁸. La protection des droits fondamentaux semble un objectif dont l'importance est quelque peu variable ou relativisée, ce qui entache son rôle en tant que fondement de l'identité de l'Union et de la présomption de confiance mutuelle par extension. Bien sûr, la présomption de confiance mutuelle ne s'applique qu'entre Etats membres, et donc au sein de l'Union. Cela contrarie néanmoins la logique globale sur laquelle elle repose et relativise l'affirmation quant à l'application uniforme des valeurs communes de l'Union auxquelles appartient la protection effective et équivalente des droits fondamentaux par l'Union européenne.

Dans le domaine de la coopération judiciaire pénale, la protection des droits fondamentaux est également à la fois un fondement et un objectif. L'Union a en effet pour *objectif* spécifique d'offrir à ses citoyens un Espace de Liberté, de Sécurité et de

²⁷⁵ Voir *infra* Partie 1, Chapitre 1, B de la présente thèse.

²⁷⁶ Article 3(1) du TUE.

²⁷⁷ Article 3(5) du TUE.

²⁷⁸ Voir à ce sujet C. FLAESCH-MOUGIN, L. S. ROSSI (dir.), *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Rencontres européennes, 1ère édition, 2013, 670 pages. L'étude de la PESC et la dimension extérieure de l'ELSJ ne font pas partie de la présente thèse.

Justice²⁷⁹ dans le respect des droits fondamentaux²⁸⁰. La CJUE se réfère à la réalisation de l'ELSJ mais aussi à son développement. Dans ce cadre, les dimensions de Justice et de Liberté peuvent être liées aux valeurs de l'état de droit et de liberté de l'article 2 du TUE. Ces valeurs fondamentales sont donc également intégrés en tant qu'objectifs spécifiques de l'ELSJ, reliées à la problématique des droits fondamentaux. Il est d'ailleurs prévu la possibilité de développer la protection des personnes dans le cadre de la coopération judiciaire pénale si nécessaire²⁸¹. Le manque de réflexion conceptuelle et philosophique globale quant à la finalité politique de l'Union européenne handicape le dépassement de sa perception en tant que simple instrument des Etats membres. Cette absence de réflexion explique aussi l'approche parfois très technique des instruments de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire pénale. Cet aspect nourrira donc la revendication d'exceptions à la présomption de confiance mutuelle liées à la violation des droits fondamentaux²⁸².

Malgré ces critiques, il existe en principe une unité et un acquis fondés sur la reconnaissance des valeurs de l'article 2 du TUE, notamment celle du respect des droits fondamentaux. Cela permet d'identifier l'identité spécifique et autonome de l'Union européenne à laquelle va être coordonnée celle des Etats membres. L'universalité des valeurs et la mise en avant d'un acquis commun relatif à la protection des droits fondamentaux s'inscrivent dans un ordre juridique *autonome mais qu'intégré*. Cela est mis en avant dans les dispositions de l'article 6 du TUE, qui, plus précises, reflètent la diversité des sources de protection des droits fondamentaux. La décision-cadre relative au MAE et la directive relative à la DEE se réfèrent d'ailleurs à « *l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne* »²⁸³.

L'article 6 TUE se réfère d'abord au droit de l'Union spécifique aux droits fondamentaux. Ainsi, « *l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (...), laquelle a la même*

²⁷⁹ Article 3(2) du TUE.

²⁸⁰ Article 67(1) TFUE.

²⁸¹ Article 82(2) b) c) TFUE.

²⁸² C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, op. cit., 666 pages.

²⁸³ Article 1(3) DC MAE ; considérant (18) et article 1(4) de la directive DEE.

valeur juridique que les traités »²⁸⁴. L'imbrication des dispositions du TUE avec celles de la Charte des droits fondamentaux, autre pilier de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, est significative. La Charte des droits fondamentaux est un texte propre à l'Union qui déclinera la valeur commune de respect des droits fondamentaux de l'article 2 TUE. Elle renforce ainsi l'autonomisation de l'identité de l'Union européenne et de la protection des droits fondamentaux. La Charte participe au processus de constitutionnalisation²⁸⁵ du droit de l'Union en raison de son contenu et de sa valeur de droit primaire. Les traités de l'Union (TUE et TFUE) et la Charte forment ensemble la constitution au moins substantielle²⁸⁶ de l'Union européenne. L'Union et la CJUE ont l'opportunité de mobiliser leur propres principes, valeurs et droits fondamentaux appartenant à l'identité de l'Union européenne.

L'article 6 du traité sur l'Union européenne fait ensuite un lien avec le système de la CEDH dont les Etats membres sont parties, et les ordres juridiques nationaux. Dans ce cadre, « *(l)es droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* »²⁸⁷. Le droit de l'Union consacre ici la jurisprudence de la CJUE qui a intériorisé les sources extérieures de protection des droits fondamentaux en les transformant en sources d'inspiration ou en normes ou principes internes²⁸⁸. En les intégrant en tant que principe généraux du droit de l'Union européenne, la CJUE a appréhendé la diversité des sources de sorte qu'elle nourrisse ou seconde l'identité européenne commune et la protection des droits fondamentaux *de l'Union*. De ce fait, tout en reconnaissant l'influence des autres systèmes de protection, la CJUE devrait pouvoir garder la maîtrise de la protection procurée par l'Union. La définition des droits fondamentaux *de l'UE par l'UE* est autonomisée, « européenne » tout en étant proche de celles déjà connues par ses Etats membres.

²⁸⁴ Article 6(1) TUE.

²⁸⁵ L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84.

²⁸⁶ Il ne s'agit pas formellement d'une constitution au sens stricte en raison du mode d'adoption des traités et de l'échec du projet de « Constitution pour l'Union européenne ».

²⁸⁷ Article 6(3) TUE.

²⁸⁸ L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84.

La référence aux traditions constitutionnelles communes permet d'« européeniser » certains droits nationaux²⁸⁹. Il appartient à la CJUE de déterminer quelles traditions sont « communes ». La protection des droits fondamentaux de l'Union européenne peut ainsi être proche et familière aux Etats membres dans une certaine mesure tout en étant autonome. Cette reconnaissance pourrait être un moyen de parachèvement de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. La confiance mutuelle est indépendante de la protection interne des Etats membres mais peut s'appuyer sur la protection « UE » des droits fondamentaux qui s'en inspire.

La reconnaissance du système de la Convention européenne des droits de l'homme est une source de légitimité supplémentaire en tant qu'il est exclusivement dédié à la protection des droits fondamentaux. La Cour de justice a cependant bien veillé à maîtriser son intégration dans le système de l'Union européenne. La CEDH n'est pas un système externe de protection qui s'impose formellement en tant que tel. Le système de protection des droits fondamentaux de la CEDH n'est actuellement pas adapté aux particularités de l'ordre juridique de l'Union. Bien qu'il soit prévu que l'Union adhère à la Convention²⁹⁰, le dernier projet d'adhésion s'est avéré être un échec²⁹¹. Dans ce cadre, la CJUE avait d'ailleurs mis en avant le non-respect des spécificités du droit de l'Union, particulièrement du principe de confiance mutuelle²⁹². D'autre part, les garanties de la Convention ne suffisent pas à fonder à elles seules la présomption de confiance mutuelle. Les droits de l'homme protégés par la CEDH ne représentent que des standards minimaux²⁹³ de l'ordre international au regard desquels les Etats parties à la Convention jouissent d'une marge d'appréciation plus ou moins importante concernant la mise en pratique de la protection²⁹⁴. La protection des droits fondamentaux dans le cadre de la CEDH ne peut donc suffire à inspirer un degré élevé de confiance mutuelle au sein de

²⁸⁹ L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84.

²⁹⁰ Article 6(2) TUE.

²⁹¹ CJUE (assemblée plénière), 18 décembre 2014, *avis 2/13*.

²⁹² Voir notamment point 194 de l'*avis 2/13*.

²⁹³ Voir notamment l'article 53 de la CEDH.

²⁹⁴ Préambule de la Convention européenne des droit de l'homme. Cette marge d'appréciation a été largement confirmée dans la jurisprudence de la CourEDH.

l'Union européenne²⁹⁵. Paradoxalement, la CJUE fait tout de même référence à la CEDH et à la CrEDH dans le cadre de la mise en œuvre du MAE afin de valider la « protection suffisante » des droits fondamentaux par le droit de l'Union et conforme à la CDFUE²⁹⁶.

Le respect des diversités des systèmes juridiques des Etats membres est affirmé par le droit de l'Union européenne en général et dans le cadre de la coopération judiciaire pénale notamment²⁹⁷. En particulier, l'article 4(2) TUE rappelle que « *(l)'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles (...)* ».

Cette disposition est pourtant invoquée par les juridictions nationales afin de faire valoir le respect de l'identité constitutionnelle de leur Etat membre. L'identité constitutionnelle est une voie d'entrée pour les principes, les valeurs et droits fondamentaux propres, spécifiques aux Etats membres²⁹⁸ que le droit de l'Union cherche pourtant à « lisser » ou « aplanir » dans le cadre du principe de confiance mutuelle et de la présomption de protection équivalente. Une identité constitutionnelle plus protectrice ou un repli identitaire « illibéral », contradictoire aux valeurs de l'Union, ont permis à certains Etat membres d'entrer en résistance face au droit de l'Union et *in fine* d'handicaper l'effectivité et la validité des mécanismes de coopération judiciaire pénale du droit de l'Union. La question de la (non-)reconnaissance des protections nationales des droits fondamentaux et des identités constitutionnelles des Etats membres reste un enjeu particulier puisqu'elle peut conduire à renverser la présomption de confiance mutuelle et à contester la primauté du droit de l'Union²⁹⁹.

²⁹⁵ Cela est notamment reconnu au considérant (6) de la directive 2010/64/UE relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales : « *Bien que tous les Etats membres soient parties à la CEDH, l'expérience a montré que cette adhésion, à elle seule, ne permet pas toujours d'assurer un degré de confiance suffisant dans les systèmes de justice pénale des autres Etats membres* ». Il en va de même chez les autres directives devant renforcer certains aspects des droits de la défense et du procès équitable : considérant (7) directive 2012/13/UE ; considérant 5 directive 2013/48/UE ; considérant (5) directive (UE) 2016/343 ; considérant (3) directive UE 2016/800 ; considérant (3) directive (UE) 2016/1919.

²⁹⁶ Voir *infra*.

²⁹⁷ Voir notamment article 67(1) TFUE.

²⁹⁸ Sur la notion d'identité constitutionnelle et sur la tension entre conflit et apaisement autour de cette notion : F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque constitutionnelle et de science politique Tome 142, 2013, 386 pages. Voir aussi L. DIMITRIOS SPIEKER, « Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts : How to Stabilize the Modus Vivendi between The Court of Justice and National Constitutional Courts », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 361 à 398.

²⁹⁹ Voir *infra* Partie I Chapitre 1 Section 2 1) et Chapitre 2 Section 2.

Le TUE consacre donc l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne protecteur de valeurs communes, dont celle du respect des droits fondamentaux. Cet ordre juridique protecteur, autonome mais intégré, permet d'établir une confiance mutuelle fondée sur le respect de ces valeurs, en particulier la protection des droits fondamentaux. La Charte des droits fondamentaux va venir préciser et décliner cette valeur et ce principe de protection des droits fondamentaux³⁰⁰.

³⁰⁰ H. TAGARAS, « La valeur ajoutée de la charte des droits fondamentaux. Une tentative de bilan à l'approche du dixième anniversaire de son application », *C.D.E.*, 2019/1, 2019, pages 33 à 90.

b) La Charte des droits fondamentaux de l'UE en tant que texte spécialisé de l'Union

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est « le » texte de droit primaire dédié aux droits fondamentaux³⁰¹. C'est donc essentiellement ce texte que la CJUE appliquera dans sa jurisprudence afin d'élaborer une protection formellement autonome et d'en délimiter les contours. La Charte offre une base textuelle autonome à la confiance mutuelle en raison de la large palette de droits qu'elle consacre et de leur contenu potentiel. La présomption de confiance mutuelle ne dépend pas *a priori* de la protection nationale des Etats membres qui de leur côté sont soumis à la Charte.

Matériellement, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend certains droits fondamentaux consacrés dans le droit constitutionnel national des Etats membres³⁰² et fait écho à la Convention européenne des droits de l'Homme³⁰³. La Charte a cependant l'avantage d'être un texte plus moderne que la Convention européenne des droits de l'Homme³⁰⁴ qui permet de prendre en compte les évolutions de la protection des droits fondamentaux. La CDFUE est aussi interprétée à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques³⁰⁵. En ce sens, elle prolonge le rapprochement du contenu et de la portée de la protection des droits fondamentaux de l'Union avec les protections nationales et internationales en vue de l'équivalence des protections tout en étant formellement d'origine différente.

³⁰¹ L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84. Ces dispositions peuvent être utilisées afin d'évaluer la validité des actes des institutions de l'Union et la mise en œuvre du droit de l'Union européenne par les Etats membres.

³⁰² On peut notamment faire référence au droit à la dignité de l'article 1 de la CDFUE qui rappelle le droit à la dignité consacré dans la Loi fondamentale allemande, à son article 1.

³⁰³ L'article 4 de la CDFUE reprend par exemple les prescriptions de l'article 3 de la CEDH.

³⁰⁴ L'article 3 de la CDFUE prévoit ainsi expressément le droit à l'intégrité physique et mentale que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a dégagé par interprétation de la Convention. Il en va de même avec l'article 8 de la CDFUE qui garantit de façon autonome la protection des données à caractère personnel. La Cour européenne des droits de l'Homme l'a déduite du droit au respect de sa vie privée et familiale. La liberté des arts et des sciences, consacrée à l'article 13, et le droit à l'éducation de l'article 14 de la CDFUE, sont aussi des éléments assez spécifiques du socle des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce n'est que dans le 1er Protocole additionnel de la CEDH qu'un article 2 prévoit un droit à l'instruction. La liberté professionnelle et le droit de travailler à l'article 15 et la liberté d'entreprise de l'article 16 de la CDFUE, qui peuvent exister en droit national, prennent une signification particulière à travers le prisme des libertés de circulation et de la citoyenneté européenne. L'article 24 de la CDFUE consacre les droits de l'enfant, et son intérêt supérieur notamment, alors qu'il est inclus dans le droit au respect de sa vie privée et familiale par la Cour européenne des droits de l'Homme. etc.

³⁰⁵ Voir préambule de la CDFUE, alinéa 4.

Dans le même temps, le contenu de la Charte met en lumière certaines particularités de l'Union européenne qui caractérise la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne. La CDFUE s'inscrit notamment dans un contexte particulier où l'Union promeut les différentes libertés économiques et de circulation³⁰⁶. La Charte des droits fondamentaux est aussi un texte connecté aux politiques et objectifs du droit de l'Union européenne³⁰⁷ dont la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice³⁰⁸. Il existe donc une nécessaire mise en balance des différents objectifs de liberté, de sécurité et de justice de cet espace lors l'élaboration de la protection des droits fondamentaux de l'Union dans le cadre de la coopération judiciaire pénale. Ce sera la marque d'une spécificité "européenne" de la protection des droits fondamentaux de l'Union.

La Charte comprend une série d'articles qui liste les droits fondamentaux de l'Union européenne et détermine leur contenu. Il est alors possible de définir la protection au moins *théorique, abstraite* des droits fondamentaux sur laquelle la présomption de confiance mutuelle se fonde. Les dispositions les plus susceptibles d'intervenir dans le cadre de la coopération judiciaire pénale, lors de la mise en œuvre du MAE et de la DEE, se situent dans les chapitres relatifs à la « dignité », la « liberté » ou la « justice ». Au regard des intitulés, le lien entre droits fondamentaux de la CDFUE et les valeurs de l'article 2 du TUE est ici particulièrement visible.

Dans le chapitre I, « DIGNITE », le premier article consacre l'inviolabilité de la dignité humaine. Les articles suivants détaillent, au moins en partie, ce que recouvre la notion de dignité humaine en matière de droits fondamentaux du point de vue du droit de l'Union européenne³⁰⁹. L'article 4 proclame notamment l'interdiction générale de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. La décision-cadre relative au MAE prévoit d'ailleurs que « *(n)ul ne devrait être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres*

³⁰⁶ Voir préambule de la CDFUE, alinéa 3.

³⁰⁷ Elle contient notamment un Chapitre V spécialement dédié aux droits attachés à la citoyenneté européenne.

³⁰⁸ Voir préambule de la CDFUE, alinéa 2, phrase 2.

³⁰⁹ L'article 1 est complété par l'article 2 « Droit à la vie », l'article 3 « droit à l'intégrité de la personne », l'article 4 « Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants » et l'article 5 « Interdiction de l'esclavage et du travail forcé ».

peines ou traitements inhumains ou dégradants »³¹⁰. Cette disposition fait néanmoins aussi écho à l'intitulé de l'article 19(2) de la Charte, qui décline l'article 4 dans le cadre spécifique de l'extradition, d'un éloignement ou d'une d'expulsion. En principe, la CJUE différencie clairement le mécanisme de remise du MAE du système classique d'extradition qu'il remplace³¹¹. Elle ne fera donc référence qu'à l'article 4 de la charte³¹². L'interdiction d'un traitement inhumain ou dégradant ou de la torture pourra par exemple potentiellement être violée au regard des conditions déplorable de détention³¹³. De même, l'usage de moyens coercitifs aux fins d'obtention de preuves dans le cadre de la DEE ou des activités du Parquet européen peut contrevenir à l'interdiction de traitement inhumain ou dégradant.

Au sein du Chapitre II, « LIBERTÉ », certains articles peuvent également intéresser la mise en œuvre du MAE et la DEE ainsi que la mise en place du Parquet européen. Tel est par exemple le cas de l'article 6 relatif au droit à la liberté et à la sûreté, de l'article 7 relatif au respect de la vie privée et familiale³¹⁴, de l'article 8 relatif à la protection des données à caractère personnel ou encore de l'article 24, spécifique au droit de l'enfant et de la considération primordiale de son intérêt supérieur³¹⁵. La formulation de ces droits est néanmoins à chaque fois très générale. Il est difficile de déterminer à l'avance leur contenu et leur portée exacte. Ils devraient donc être précisés par le droit dérivé et/ou la jurisprudence de la CJUE.

Le chapitre VI est dédié à la « JUSTICE ». On suppose donc l'existence d'un lien particulier entre les droits fondamentaux des individus et les garanties structurelles et systémiques qui se rattachent à l'état de droit. La remise d'une personne³¹⁶ aux fins de poursuite ou aux fins d'exécution d'une peine ou l'utilisation de preuves obtenues par

³¹⁰ Considérant (13) DC MAE.

³¹¹ Elle insiste notamment sur l'obligation de remise face à la demande d'extradition, insiste sur la judiciairisation du système de remise face au caractère hautement politique et diplomatique de l'extradition.

³¹² Voir jurisprudence de la CJUE (grande chambre), 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*. Affaires jointes C- 404/15 et C-659/15 PPU. Et jurisprudences suivantes.

³¹³ Voir *infra*.

³¹⁴ Le considérant (16) de la directive DEE y fait spécifiquement référence, ainsi qu'au droit de propriété.

³¹⁵ Voir article 24(2) CDFUE.

³¹⁶ Voir notamment considérant (12) de la DC MAE : « *La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne et reflétés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment son chapitre VI* ».

l'exécution d'une DEE³¹⁷ peuvent notamment soulever des questions pertinentes relatives à l'équité du procès. Dans ce cadre, le droit à un recours effectif et d'accès à un tribunal impartial prévu à l'article 47 de la charte est essentiel. Il convient que « *(t)oute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice* ». Un droit axé sur l'organisation de la justice assure l'accès à la justice et à une justice de qualité, nécessaire à la garantie et l'exercice des autres droits fondamentaux attachés à la personne³¹⁸. Il permet le contrôle et, le cas échéant, la sanction de la violation de ces droits³¹⁹. Le moment et la forme du recours juridictionnel effectif seront importants.

L'article 48 consacre ensuite la présomption d'innocence³²⁰ et les droits de la défense³²¹ qui représentent une garantie indispensable en matière d'enquête et de poursuite pénale contre les personnes. La DEE insiste sur l'« *attention particulière au plein respect des droits consacrés par l'article 48 de la charte* » et fait de la présomption d'innocence et les droits de la défense « *des pierres angulaires des droits fondamentaux reconnus par la charte dans le domaine de la justice pénale* »³²². L'imbrication de la matière pénale avec le DUE au sein de l'ELSJ exige aussi de « reprendre » certains principes de droit pénal largement reconnus par les Etats-membres. C'est encore le cas des principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines protégées par l'article 49 de la charte. Le MAE et la DEE procèdent par renvoi au droit national à ce

³¹⁷ Voir notamment le considérant (12) de la directive DEE.

³¹⁸ Cela sera confirmé par l'arrêt CJUE (grande chambre), 25 juillet 2018, LM. Affaire C-216/18 PPU. Voir développement *infra*.

³¹⁹ Voir *infra*, Partie 1 Chapitre 1 Section 2 1) ; Partie II Chapitre I Section 1 en lien avec la définition autonome de l'autorité judiciaire.

³²⁰ Article 48(1) CDFUE.

³²¹ Article 48(2) CDFUE.

³²² Considérant (12) de la directive DEE.

sujet³²³, il en sera de même avec le Parquet européen³²⁴. Enfin, l'article 50 prévoit le droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction. Le principe *ne bis in idem* est un principe classique de droit pénal mais qui revêt une signification supplémentaire, originale à la coopération judiciaire européenne transnationale³²⁵. Les instruments du MAE et de la DEE y font référence et élaborent des motifs de refus y afférent³²⁶. Afin de préciser et concrétiser les garanties relatives au procès équitable, le législateur a cependant dû adopter certaines directives³²⁷.

Après l'élaboration des droits fondamentaux qui soutiennent la protection autonome de l'Union européenne et fondent la présomption de la confiance mutuelle, se pose la question de son « étendue » au sens large. La CDFUE a elle-même prévu quel degré de protection peut être accordé et quel est son champ d'application³²⁸. La Cour de justice dispose alors des instruments nécessaires à la maîtrise de la protection « UE » des droits fondamentaux en accord et grâce au texte de la Charte.

Ainsi, « *les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union (...), ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* »³²⁹. La Charte vise l'ensemble des acteurs de l'Union, y compris les États membres. Bien que l'application de la charte aux États membres soit conditionnée³³⁰, la CJUE a largement interprété les termes "*lorsqu'ils mettent en œuvre le*

³²³ Concernant le MAE : voir la validation de la DC MAE au regard du principe de légalité dans l'arrêt CJUE (grande chambre), 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW contre Leden van de Ministerraad*. Affaire C-303/05. La DEE adopte la même technique et la même liste d'infractions.

V. MALABAT, « L'exigence de légalité en droit pénal international : l'exemple comparé de l'extradition et du mandat d'arrêt européen », in M. BADEL et S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *Mélanges en l'Honneur de Jean-Pierre LABORDE ; des liens et des droits*, Paris, Dalloz, 2015, pages 771 à 781.

³²⁴ Voir *infra* Partie II Chapitre 2 Section 1, 2).

³²⁵ Il possède une dimension transfrontalière et rationalise ainsi l'exercice des compétences entre les États-membres, il illustre les effets que la confiance mutuelle.

³²⁶ Voir notamment les articles 3(2) et 4(2)(3)(5) de la DC MAE ; le considérant (17) et l'article 11(1) d) de la directive DEE.

³²⁷ Voir *infra*.

³²⁸ Chapitre VII relatif aux « Dispositions générales » de la CDFUE.

³²⁹ Article 51(1) CDFUE.

³³⁰ Impression encore renforcée par les précisions apportées à l'article 51(2) de la CDFUE : « *La présente Charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour la Communauté et pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités* ».

droit de l'Union »³³¹. La coopération judiciaire pénale entre les Etats membres, notamment lorsqu'ils mettent en œuvre un MAE ou une DEE, est ainsi largement concernée. Il en ira de même lorsque le Parquet européen exercera ses compétences en tant qu'organe d'enquête et de poursuite spécialisé de l'Union³³². L'idée est d'établir une protection complète et globale puisque tous les acteurs du droit de l'Union sont soumis au respect des droits fondamentaux de l'Union. Le champ d'application de la Charte couvre les actions de l'Union européenne *lato sensu* et offre les moyens d'apposer la marque de l'identité politique de l'Union, basée sur l'ensemble de droits compris dans la charte³³³.

Lorsque les droits fondamentaux de la charte s'appliquent, leur protection peut être modulée, limitée. Certaines limitations se trouvent déjà dans le texte de la Charte ou bien les droits sont formulés de façon maniable par rapport aux traités ou au droit dérivé³³⁴. « *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* »³³⁵.

Cette disposition permet de prendre en compte le contexte particulier, lié aux caractéristiques du droit de l'Union européenne, dans lequel s'inscrit les droits fondamentaux de la Charte. Cette disposition autorise la mise en balance des droits fondamentaux avec les autres normes essentielles de cet ordre juridique, comme les libertés économiques³³⁶ ou l'intérêt général européen de lutte contre la criminalité

³³¹ CJUE (grande chambre), 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*. Affaire C-617/10. Voir développement *infra*.

³³² Considérant (80) et article 5(1) du règlement relatif au Parquet européen.

³³³ La Charte peut même avoir un effet horizontal dans certains cas. voir L.S. ROSSI, « The relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and Directives in horizontal situations » , <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/02/the-relationship-between-eu-charter-of.html>, 2019, dernière consultation décembre 2019.

³³⁴ L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84.

³³⁵ Article 52(1) CDFUE. définition de portée : importance des effets de quelque chose. Synonyme : poids, effet, importance, résultat, gravité, ampleur, conséquence.

³³⁶ Voir par exemple CJUE (grande chambre), du 11 décembre 2007, *Viking*. Affaire C-438/05.

grave³³⁷. La CJUE opère cette mise en balance sans tenir compte d'un rapport hiérarchique entre les différentes dispositions mises en confrontation³³⁸. La possible « adaptation » de la protection des droits fondamentaux peut toutefois poser problème si celle-ci conduit à une protection excessivement restrictive, c'est-à-dire si la protection pratique est trop éloignée des promesses posées dans le cadre de la protection théorique fondant la présomption de confiance mutuelle.

La détermination de la *portée* des droits fondamentaux de l'Union prévue par l'article 52 de la Charte s'accommode de la diversité des influences en matière de protection au sein de l'Union, telle que déclarée dans le TUE³³⁹. En tant que principes généraux, les droits contenus dans la CEDH sont déjà internalisés³⁴⁰. Mis en lien avec la CDFUE, cela a permis de renforcer les droits fondamentaux de l'Union qui y sont inscrits et trouvent écho dans le texte de la CEDH³⁴¹. Le texte spécifique dédiés aux droits fondamentaux de l'Union est mis en lien avec le système exclusivement consacré aux droits fondamentaux de la CEDH³⁴² en raison d'une utilité du « parallélisme choisi » du droit de l'Union européenne avec le droit international.

Ainsi, « *dans la mesure où (elle) contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention* »³⁴³. La Convention européenne des droits de l'Homme est une source

³³⁷ Voir en ce sens l'arrêt CJUE (grande chambre), 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*. Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P. La Cour juge que la lutte contre la criminalité grave et le maintien de la sécurité publique sont des objectifs d'intérêt général conformément à sa jurisprudence antérieure.

³³⁸ L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84.

³³⁹ Voir *supra*.

³⁴⁰ CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*. Affaire 36-75.

³⁴¹ Ainsi l'article 3 de la CEDH correspond à l'article 4 de la CDFUE. L'article 5 de la Convention prévoit, comme l'article 6 de la CDFUE, le droit à la liberté et à la sûreté. Celui-ci précise que « *nul ne peut être privé de sa liberté, sauf (...) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours* ». L'article 6 CEDH relatif au droit à un procès équitable et l'article 13 CEDH relatif au droit à un recours effectif trouvent un équivalent à l'article 47 de la CDFUE. L'article 8 de la CEDH prévoit lui aussi le droit au respect à la vie privée et familiale. L'article 13 de la CEDH consacre le droit à un recours effectif. L'article 3 CEDH qui consacre l'interdiction de la torture et qui prévoit que « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* » rappelle l'article 1 et 4 de la CDFUE. L'article 7 CEDH, qui consacre le principe de légalité des peines, se retrouve à l'article 49 de la CDFUE. L'article 8 CEDH « Droit au respect de la vie privée et familiale » est se retrouve aux articles 7 « Respect de la vie privée et familiale » et 8 « Protection des données à caractère personnel » de la CDFUE.

³⁴² Article 1 a) du statut constitutif du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949 et troisième considérant du préambule de la CEDH.

³⁴³ Article 52(3) CDFUE.

d'inspiration et de légitimité « par procuration » au sein de l'Union européenne. En effet, de nombreuses similarités existent entre les droits reconnus par la Charte et ceux protégés par la Convention européenne. La protection des droits fondamentaux de l'Union européenne devrait ainsi être d'un niveau au moins aussi élevé. La CEDH reste cependant un standard minimum et la charte admet que le parallélisme posé « *ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue* »³⁴⁴, notamment pour assurer une plus grande confiance mutuelle entre les Etats membres. La diversité devrait alors être enrichissante et non limitante. Dans le sens inverse, la formulation permet aussi de se contenter d'une protection ayant une portée identique à celle donnée par la CourEDH. L'équivalence et l'uniformisation des droits fondamentaux connaissent une forme de prolongement à travers la CEDH bien que les éléments originaux de chacun persistent³⁴⁵.

Enfin, la Charte prévoit encore que, « *(d)ans la mesure où (elle) reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions* »³⁴⁶. Il y a bien une volonté de rapprocher les différents systèmes de protection bien qu'une interprétation « *en harmonie* » soit moins exigeante qu'un sens et une portée qui doivent être « *les mêmes* ». C'est à la CJUE de déterminer ce qui est commun et ce qui ne l'est pas.

S'agissant du niveau de protection, c'est-à-dire quel droit protecteur (national, européen ou international) s'applique, l'article 53 dispose qu'« *aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres* »³⁴⁷. Il s'agit donc de répartir et coordonner la protection des droits fondamentaux entre le droit national, le droit européen et le droit

³⁴⁴ Article 52(3) CDFUE.

³⁴⁵ Cet élément est attesté aux points 48 et 49 de l'arrêt CJUE (deuxième chambre), du 30 mai 2013, *Jeremy F.* Affaire C- 168/13 PPU. Voir également l'arrêt CJUE (première chambre), 19 septembre 2018, *RO.* Affaire C-327/18 PPU. À ce sujet : « Brexit, Mandat d'arrêt européen, Confiance mutuelle, Adhésion à la Convention EDH », *L'Observateur de Bruxelles*, 2019/1 n°115, 2019, pages 77 à 78.

³⁴⁶ Article 52(4) CDFUE.

³⁴⁷ Élément rappelé au considérant (39) de la directive DEE.

international. Le choix, en théorie du moins, semble celui d'une coopération loyale entre les systèmes de protection nationaux et de l'Union européenne³⁴⁸ afin de mettre en place un système global de protection des droits fondamentaux³⁴⁹. Cette disposition contient néanmoins en son sein un potentiel perturbateur. En réalité, l'application des droits fondamentaux de l'Union européenne va être favorisée par la CJUE³⁵⁰, ce qui tend à renforcer la présomption de confiance mutuelle. L'interprétation de la Cour de justice mettra aussi en lumière le rôle de la Charte dans l'affirmation d'un principe de primauté absolu³⁵¹.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est un texte spécifique aux droits fondamentaux et spécifique à l'Union européenne. La Charte des droits fondamentaux peut donc être employée par la CJUE pour assurer une protection des droits fondamentaux « suffisante » et autonome, favorable à la présomption de confiance mutuelle. Malgré tout, certains droits ont tout de même fait l'objet de précisions par le droit dérivé de l'Union européenne.

³⁴⁸ Voir en ce sens D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292.

³⁴⁹ Cet élément est attesté aux point 48 de l'arrêt CJUE (deuxième chambre), du 30 mai 2013, *Jeremy F.* Affaire C- 168/13 PPU.

³⁵⁰ Voir *infra* Partie I Chapitre II Section 1, 1).

³⁵¹ R. MEHDI, « Retour sur l'arrêt Melloni : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/29/cooperation-judiciaire-penale/retour-sur-larret-melloni-quelques-reflexions-sur-des-usages-contradictaires-du-principe-de-primaute/>, 2013, dernière consultation novembre 2019.

c) La concrétisation *a minima* par les directives relatives aux droits procéduraux dans la procédure pénale

Le TFUE prévoit la possibilité d'adopter des directives européennes portant sur l'admissibilité mutuelle des preuves entre les Etats membres, les droits des personnes dans la procédure pénale, les droits des victimes de la criminalité, voire d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale que le Conseil aura identifié³⁵².

Dans ce cadre, le législateur européen a adopté une série de directives³⁵³ visant à concrétiser certains aspects du droit à un procès équitable et les droits de la défense³⁵⁴. La concrétisation de certains droits procéduraux n'est pas « gratuite » mais vise explicitement à renforcer la présomption de confiance mutuelle au niveau de ses fondements³⁵⁵. Ces droits jouent un rôle particulier dans la coopération judiciaire pénale et cette harmonisation « accessoire »³⁵⁶ doit faciliter la reconnaissance mutuelle par

³⁵² Article 82(2) a) à d) TFUE. Le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen.

³⁵³ Les directives suivantes :

- la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales;
- la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales s'inscrivent dans cette perspective;
- la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires;
- la directive (UE) 2016/343 du 9 mars 2016 visant le renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales;
- la directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales;
- la directive (UE) 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen.

Les droits des victimes ne seront pas traités. Voir à ce sujet : A. KLIPP, « Fair Trial Rights in the European Union : Reconciling Accused and Victims' Rights », in T. RAFARACI et R. BELFIORE, *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 3 à 25. ; S. PEERS, « Crime victims : does EU law now confer extra rights? », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/11/crime-victims-does-eu-law-now-confer.html>, 2015, dernière consultation décembre 2019.

³⁵⁴ Voir considérants (5), (17) de la directive 2010/64/UE; considérant (41) de la directive 2012/13/UE; considérant (1) de la directive 2013/48/UE; considérants (1) et (9) de la directive (UE) 2016/343; considérant (1) de la directive (UE) 2016/800; considérant (14) de la directive (UE) 2016/1919.

³⁵⁵ Voir notamment le considérant (7) de la directive 2010/64/UE; considérant (8) de la directive 2012/13/UE; considérant (6) de la directive 2013/48/UE; considérant (3) de la directive 2016/1919.

³⁵⁶ G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'union européenne ; contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation aux décisions de justice*, Paris, Institut Universitaire Varenne, Coll. Thèses n°50, 2011, page 105 et suivantes.

l'établissement de règles minimales³⁵⁷. Elle est donc parallèle à la mise en œuvre du MAE³⁵⁸. Les directives sont désormais aussi applicables à la DEE³⁵⁹ et aux activités du Parquet européen³⁶⁰. Il ne s'agit pas ici de mener une étude détaillée de ces directives³⁶¹ mais de mettre en lumière certains éléments caractéristiques.

La directive 2010/64/UE admet que la connaissance des accusations portées contre soi est un des premiers éléments nécessaires à l'exercice effectif et adéquat des droits de la défense. La directive reconnaît donc le droit à l'interprétation³⁶², le droit à la traduction des documents essentiels³⁶³ et un droit à la qualité de ces interprétations et traductions³⁶⁴. Le but est d'aplanir les difficultés que pose la diversité linguistique au sein de l'Union européenne pour tendre vers plus d'égalité entre les personnes poursuivies ou accusées et leur meilleure protection. En complément, la directive 2012/13/UE développe le droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. Elle prévoit le droit d'être

³⁵⁷ Exprimé à l'article 82(2) TFUE et aux considérants (3) et (12) de la directive 2010/64/UE ; considérants (3) et (13) de la directive 2012/13/UE ; considérants (4) et (8) de la directive 2013/48/UE ; considérants (4) et (10) de la directive (UE) 2016/343 ; considérant (2) de la directive (UE) 2016/800 ; considérant (2) de la directive (UE) 2016/1919. « *l'étendue de la reconnaissance mutuelle dépend étroitement de certains paramètres, au nombre desquels figurent (...) la définition des normes minimales communes nécessaires pour faciliter l'application du principe de reconnaissance mutuelle* ».

³⁵⁸ Considérant (15) et article 1(1) de la directive 2010/64/UE; considérant (39) et article 1 de la directive 2012/13/UE; considérants (12) et (42) et suivants, article 1 de la directive 2013/48/UE; considérants (8) et (61), article 1(b) de la directive 2016/800; articles 1(b) et 2(2) de la directive (UE) 2016/1919. La directive (UE) 2016/343 relative à la présomption d'innocence ne fait pas explicitement référence à son application dans le cadre de la mise en œuvre du MAE.

³⁵⁹ Considérant (15) de la directive DEE.

Il manque toutefois la référence à la directive (UE) 2016/343 du 9 mars 2016, à la directive (UE) 2016/800 du 11 mai 2016 et la directive (UE) 2016/1919 du 26 octobre 2016 qui sont postérieures à son adoption.

³⁶⁰ Considérant (85) du règlement relatif à la création du Parquet européen.

La directive (UE) 2016/800 du 11 mai 2016 n'est néanmoins pas mentionnée. Il est vrai que les infractions pour lesquelles le Parquet européen aura compétence (étudiée *infra* Partie II Chapitre 2 en lien avec le déclenchement de ses poursuites) ne devraient être que le fruit des actions d'adultes expérimentés.

³⁶¹ Cela a en outre déjà fait l'objet de nombreux travaux. Voir par exemple : D. SAYERS, « The new Directive on the presumption of innocence: protecting the 'golden thread' », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/11/the-new-directive-on-presumption-of.html>, 2015 et update , dernière consultation décembre 2019 ; S. PEERS, « Crime victims : does EU law now confer extra rights? », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/11/crime-victims-does-eu-law-now-confer.html>, 2015, dernière consultation décembre 2019 ; D. SAYERS, « Standing up for children? The Directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/12/standing-up-for-children-directive-on.html>, 2015, dernière consultation décembre 2019.

³⁶² Article 2 de la directive 2010/64/UE.

³⁶³ Article 3 de la directive 2010/64/UE.

³⁶⁴ Article 5 de la directive 2010/64/UE.

informé de ses droits³⁶⁵ comme celui d'être assisté par un avocat ou un interprète, ainsi que le droit de garder le silence. Cela est d'autant plus intéressant dans le cadre du MAE, qu'une telle information se fait sous la forme écrite³⁶⁶. On doit pouvoir connaître les accusations portées contre soi³⁶⁷ et avoir un certain accès au dossier³⁶⁸ afin de pouvoir se défendre convenablement.

La directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 concerne le droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires. La directive encadre le moment où l'accès à un avocat est ouvert³⁶⁹ et limite les cas où cet accès peut être retardé³⁷⁰. Une décision officielle ou toute autre mesure visant à informer l'intéressé qu'il est considéré comme suspect ou une personne poursuivie suffit à déclencher l'applicabilité de la directive, peu importe le moyen de transmission³⁷¹. Concernant le MAE, la directive s'applique dès le moment de l'arrestation dans l'État membre d'exécution³⁷² et déclenche le droit d'accès à un avocat dans cet Etat³⁷³. Elle permet également de désigner un avocat dans l'État membre d'émission dont le rôle est d'assister l'avocat dans l'État membre d'exécution³⁷⁴. Le reste de la directive détaille certains aspects de l'accès et des échanges avec son avocat. L'article 4 veille, par exemple, à la confidentialité des échanges entre la personne et son avocat. L'article 9 encadre la renonciation au droit à un avocat.

³⁶⁵ Article 3 de la directive 2012/13/UE.

³⁶⁶ Article 5, contrairement à l'article 3(2) de la directive 2012/13/UE qui prévoit l'information à l'oral ou l'écrit.

³⁶⁷ Article 6 de la directive 2012/13/UE.

³⁶⁸ Article 7 de la directive 2012/13/UE.

³⁶⁹ Article 3 de la directive 2013/48/UE.

³⁷⁰ Voir l'arrêt CJUE (deuxième chambre), 12 mars 2020, *VW*. Affaire C-659/18.

À ce sujet : M. ABENHAÏM, « Coopération judiciaire en matière pénale - Droit d'accès à un avocat », *Europe* n° 5, Mai 2020, commentaire n°146.

³⁷¹ M. ABENHAÏM, « Coopération judiciaire en matière pénale - Droit d'accès à un avocat », *Europe* n° 5, Mai 2020, commentaire n°146.

³⁷² Articles 2(2) et 10 de la directive 2013/48/UE. Les droits prévus aux articles 4, 5, 6, 7 et 9, ainsi que, lorsqu'une dérogation temporaire est appliquée au titre de l'article 5(3), l'article 8, s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure relative au mandat d'arrêt européen dans l'État membre d'exécution.

³⁷³ Article 10(1) de la directive 2013/48/UE.

³⁷⁴ Article 10(4) de la directive 2013/48/UE.

La directive (UE) 2016/343 réaffirme que la charge de la preuve incombe à l'accusation aux fins d'établir la culpabilité et le doute profite au suspect ou à la personne poursuivie³⁷⁵. Dans le climat sécuritaire actuel, ce principe est régulièrement remis en cause par la tendance au « managérialisme » des procédures pénales³⁷⁶. Un texte spécifique précisant certains de ses éléments est donc le bienvenu. La directive détaille, entre autre, les modalités en matière de désignation et présentation³⁷⁷. Elle assure le droit de garder le silence et le droit de ne pas s'incriminer soi-même³⁷⁸. La directive ne prévoit pas la renonciation à ces droits mais la jurisprudence de la CourEDH le permet³⁷⁹. Le véritable apport de la directive consiste dans la reconnaissance que « *l'exercice par les suspects et les personnes poursuivies du droit de garder le silence et du droit de ne pas s'incriminer soi-même ne saurait être retenu contre eux, ni considéré comme une preuve qu'ils ont commis l'infraction pénale concernée* »³⁸⁰. De ce point de vue, la directive est plus protectrice que la jurisprudence de la CourEDH³⁸¹. Enfin, la directive assure le droit d'assister à son procès³⁸² sans que ce droit ne soit absolu³⁸³.

Certaines personnes sont aussi par nature plus vulnérables. Il convient donc de prévoir des garanties spécifiques adaptées à leur besoins particuliers afin de garantir l'équité de la procédure et l'exercice effectif des droits de la défense³⁸⁴. Dans cette idée, la directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 met en

³⁷⁵ Article 3 et article 6 de la directive 2016/343/UE.

³⁷⁶ C'est-à-dire visant le plus de condamnations possibles.

Voir D. SAYERS, « The new Directive on the presumption of innocence: protecting the 'golden thread' », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/11/the-new-directive-on-presumption-of.html>, 2015 et update , dernière consultation décembre 2019.

³⁷⁷ Articles 4 et 5 de la directive 2016/343/UE.

³⁷⁸ Article 7 de la directive 2016/343/UE.

³⁷⁹ D. SAYERS, « The new Directive on the presumption of innocence: protecting the 'golden thread' », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/11/the-new-directive-on-presumption-of.html>, 2015 et update , dernière consultation décembre 2019.

³⁸⁰ Article 7(5) de la directive 2016/343/UE.

³⁸¹ Voir la jurisprudence de la CourEDH : CEDH (troisième section), 2 mai 2000, *Condrón c. Royaume-Uni*, (Requête n°35718/97). Voir aussi D. SAYERS, « The new Directive on the presumption of innocence: protecting the 'golden thread' », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/11/the-new-directive-on-presumption-of.html>, 2015 et update , dernière consultation décembre 2019.

³⁸² Détaillé aux articles 8 et 9 de la directive 2016/343/UE.

³⁸³ Voir notamment le considérant (22) relatif aux présomptions de faits et l'article 8(2) de la directive 2016/343/UE.

³⁸⁴ Considérant (1) de la directive 2016/800/UE.

place des garanties procédurales en faveur des enfants³⁸⁵ dans le cadre des procédures pénales. Elle s'applique notamment aux enfants dont la remise est demandée dès le moment de leur arrestation dans l'État membre d'exécution³⁸⁶. Cette directive devrait en partie pallier la diversité des pratiques et législations au sein des Etats membres³⁸⁷. Le principe est celui de l'éducation et de la réinsertion sociale plutôt que celui de la sanction. Les Etats membres veillent à ce que la privation de liberté, en particulier la détention, ne soit imposée qu'en dernier ressort et doit être motivée³⁸⁸. Les autorités compétentes doivent donc, si possible, avoir recours à des mesures alternatives à la détention³⁸⁹. En cas de privation de liberté, celle-ci, doit, à tout stade de la procédure, être limitée à une durée appropriée et aussi brève que possible³⁹⁰. D'autre part, les enfants détenus devraient bénéficier de mesures de protection particulières³⁹¹. L'âge et la situation personnelle de l'enfant, ainsi que les circonstances particulières de l'espèce, sont dûment pris en compte. La garantie d'une appréciation *in concerto* de la situation de l'enfant est une garantie importante.

Enfin, la directive (UE) 2016/1919 pose le principe de l'aide financière. La capacité financière est une condition préalable à l'effectivité du droit d'accès à un avocat. Dans le cadre du MAE, cette aide juridictionnelle peut être demandée dans l'Etat membre d'exécution dès l'arrestation et jusqu'à la remise ou jusqu'à ce que la décision de ne pas procéder à la remise soit devenue définitive³⁹². L'Etat membre d'émission y veille également dans la mesure où l'aide juridictionnelle est nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice³⁹³.

³⁸⁵ On entend par « enfant » toute personne âgée de moins de 18 ans, conformément à l'article article 3(1) de la directive 2016/800/UE.

³⁸⁶ Article 2(2) de la directive 2016/800/UE.

³⁸⁷ D. SAYERS, « Standing up for children? The Directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/12/standing-up-for-children-directive-on.html>, 2015, dernière consultation décembre 2019.

³⁸⁸ Article 10(2) de la directive 2016/800/UE.

³⁸⁹ Considérant (46), article 11 de la directive 2016/800/UE.

³⁹⁰ Article 10(1) de la directive 2016/800/UE.

³⁹¹ Considérants (48) et (49) de la directive 2016/800/UE.

³⁹² Article 5(1) de la directive 2016/1919/UE.

³⁹³ Article 5(2) de la directive 2016/1919/UE.

La question du caractère « suffisant » de cette harmonisation et de la protection procurée se pose cependant. La protection des droits procéduraux visés par les directives est une réalisation *a minima* et instrumentalisée³⁹⁴, de sorte à ne pas excessivement freiner la procédure de remise ou voire même à la faciliter³⁹⁵. Les standards restent minimaux³⁹⁶ bien qu'un principe de non-régression s'applique³⁹⁷. L'uniformité n'est pas assurée³⁹⁸ même si une protection plus élevée dans un Etat membre ne peut pas être imposée aux autres Etats membres et ne doit pas constituer un obstacle à la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires que les règles minimales des directives visent à faciliter³⁹⁹. Le niveau potentiellement plus élevé de protection procédurale, même encadré, pourra en pratique conduire à une protection non-uniforme au sein de l'ELSJ et tout de même finir par questionner l'équivalence des protections⁴⁰⁰. D'autre part, il manque toujours des normes minimales harmonisées relatives à la

³⁹⁴ Considérants (8) et (9) de la directive 2010/64/UE.

A. TRÉMOLIÈRE, « L'émergence du juge pénal dans l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice », in G. ROUSSEL et de F-X ROUX-DEMARE (dir.), *L'Européanisation de la Justice Pénale : actes du colloque organisé le 16 octobre 2015*, France, CUJAS, Coll. Actes & Etudes, 2016, pages 11 à 27.

³⁹⁵ Considérant (47) et article 10(6) de la directive 2013/48/UE; considérant (62) de la directive 2016/800/UE; considérants (20) et (21) de la directive 2016/1919/UE.

Concernant la directive « enfant » : voir notamment confirmation au point 37 de l'arrêt CJUE (grande chambre), *Dawid Piotrowski*, 23 janvier 2018. Affaire C-367/16.

³⁹⁶ En effet, il a par exemple été estimé au considérant (10) de la directive 2012/13/UE que « *des règles minimales communes devraient accroître la confiance dans les systèmes de justice pénale de tous les Etats membres, ce qui devrait ainsi conduire à une coopération judiciaire plus efficace dans un climat de confiance mutuelle. Le droit à l'information dans le cadre des procédures pénales devrait faire l'objet de telles règles minimales communes* ».

Voir C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, op. cit., pages 149 à 153.

³⁹⁷ Article 8 de la directive 2010/64/UE; article 10 de la directive 2012/13/UE; article 14 de la directive 2013/48/UE; article 13 de la directive 2016/343/UE; article 23 de la directive 2016/800/UE; article 11 de la directive 2016/1919/UE.

³⁹⁸ Article 82(2) TFUE; considérant (32) de la directive 2010/64/UE; considérant (40) de la directive 2012/13/UE; considérant (54) de la directive 2013/48/UE; considérant (48) de la directive 2016/343/UE; considérant (67) de la directive 2016/800/UE; considérants (16) et (30) de la directive 2016/1919/UE.

Limite du nivellement par le bas : considérant (32) de la directive 2010/64/UE; considérant (40) de la directive 2012/13/UE; considérant (54) de la directive 2013/48/UE; considérant (48) de la directive 2016/343/UE; considérant (67) de la directive 2016/800/UE; considérant (30) de la directive 2016/1919/UE: « *Le niveau de protection ne devrait jamais être inférieur aux normes prévues par la CEDH ou la charte, telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne* ».

³⁹⁹ Considérant (67) de la directive 2016/800/UE; considérant (30) de la directive 2016/1919/UE.

Référence à un compromis chez A. KLIPP, « Fair Trial Rights in the European Union : Reconciling Accused and Victims' Rights », in T. RAFARACI et R. BELFIORE(dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 3 à 25.

⁴⁰⁰ Voir *infra*.

détention provisoire et à l'admissibilité des preuves. La première absence pénalisera la mise en œuvre du MAE, la seconde celle de la DEE. Une harmonisation plus exigeante et plus ample semble alors souhaitable afin de mieux protéger les droits fondamentaux. Finalement, il ne s'agit que d'une « procéduralisation embryonnaire » de la confiance mutuelle⁴⁰¹.

Malgré la volonté affichée du législateur européen⁴⁰², les directives se contentent pour l'essentiel d'intégrer les acquis de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁰³. La confiance mutuelle exigée par rapport au système de droit international est plus élevée mais le niveau de protection des droits fondamentaux peut lui être limité à celui des standards internationaux. Ainsi, bien que la présomption d'innocence soit la pierre angulaire du droit à un procès équitable⁴⁰⁴, la directive (UE) 2016/343 ne traite que de certains aspects de celle-ci⁴⁰⁵ de façon assez succincte⁴⁰⁶ alors même que la jurisprudence de la CourEDH est assez développée en la matière⁴⁰⁷. La directive 2010/64/UE se focalise sur le droit à l'interprétation et à la traduction « consacré à l'article 6 de la CEDH, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »⁴⁰⁸. En outre, des questions quant à la définition de certaines notions essentielles à l'effectivité de la directive persistent, comme celle de « documents

⁴⁰¹ C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, op. cit., page 174.

⁴⁰² Cela est notamment reconnu aux considérants (6) et (7) de la directive 2010/64/UE; le considérant (7) de la directive 2012/13/UE; le considérant (5) de la directive 2013/48/UE; le considérant (5) de la directive 2016/343/UE; le considérant (3) de la directive 2016/800/UE; le considérant (3) de la directive 2016/1919/UE.

⁴⁰³ Les considérants (14), (33) de la directive 2010/64/UE visent la CEDH et la CDFUE tandis que les considérants (8) et (42) de la directive 2012/13/UE, le considérant (53) de la directive 2013/48/UE et considérant 17 et 23 de la directive 2016/1919/UE ne visent que la CEDH.

⁴⁰⁴ D. SAYERS, « The new Directive on the presumption of innocence: protecting the 'golden thread' », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/11/the-new-directive-on-presumption-of.html>, 2015 et update, dernière consultation décembre 2019.

⁴⁰⁵ Elle ne vise que les personnes physiques: exclusion des personnes morales au considérant (14) par exemple. Cela peut poser problème avec les enquêtes et poursuites du Parquet européen.

⁴⁰⁶ Il n'y a que 16 articles relativement courts, dont 10 réellement relatifs à la présomption d'innocence.

⁴⁰⁷ D. SAYERS, « The new Directive on the presumption of innocence: protecting the 'golden thread' », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/11/the-new-directive-on-presumption-of.html>, 2015 et update, dernière consultation décembre 2019.

⁴⁰⁸ Considérant (14) de la directive 2010/64/UE.

essentiels »⁴⁰⁹. Seule une liste non exhaustive⁴¹⁰ de documents est proposée. L'extension plus ou moins importante de cette liste est laissée à l'appréciation des Etats membres. Les directives tiennent en effet compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des Etats membres⁴¹¹ et leur offrent une marge de transposition et de mise en œuvre⁴¹². Cette approche a conduit à une marginalisation du rapprochement du droit pénal et de la procédure pénale des Etats membres par le droit de l'Union européenne⁴¹³.

La directive 2016/800/UE contient elle aussi des éléments qui relativisent la protection en principe renforcée de l'enfant. La directive évalue l'âge au moment où la personne fait l'objet d'une procédure et non aux moments des faits reprochés⁴¹⁴, adapte les dispositions applicables si la personne a atteint l'âge de 18 ans et accepte même que les Etats membres n'appliquent pas la directive lorsque la personne concernée a atteint l'âge de 21 ans⁴¹⁵. Ensuite, l'article 6 prévoit l'assistance d'un avocat, mais l'exclusion de sa présence est possible dans certains cas importants pour la suite de la procédure⁴¹⁶. La renonciation à son droit à un avocat n'est pas prévue mais des retardements et dérogations sont ainsi possibles⁴¹⁷. De même, les enfants détenus doivent en principe être séparés des adultes⁴¹⁸ mais des dérogations sont aussi possibles⁴¹⁹ et répondent

⁴⁰⁹ T. WAHL, « The EPPO and the Fragmentation of Defence Rights », Chapitre 5, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 85 à 113.

⁴¹⁰ Considérant (30) et article 3(2)(3) de la directive 2010/64/UE.

⁴¹¹ Article 82(2) TFUE.

⁴¹² Voir par exemple les considérants (43), (44) de la directive 2013/48/UE; le considérant (12) de la directive 2016/800/UE.

⁴¹³ S. MANACORDA, « La consolidation de l'ELSJ, vers une "mise à l'écart" du rapprochement pénal ? », *RSC*, 2007, pages 899 à 909.

Elle perdure d'ailleurs dans le cadre de l'établissement du Parquet européen, voir *infra* Partie II Chapitre 2 de la présente thèse.

⁴¹⁴ En contradiction avec la recommandation internationale, voir D. SAYERS, « Standing up for children? The Directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings », *EU Law Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/12/standing-up-for-children-directive-on.html>, 2015, dernière consultation décembre 2019.

⁴¹⁵ Article 2(3) de la directive 2016/800/UE.

⁴¹⁶ Considérants (28), (30) de la directive 2016/800/UE.

⁴¹⁷ Dispositions de l'article 6(6)(8) de la directive 2016/800/UE.

⁴¹⁸ Article 12(1) de la directive 2016/800/UE.

⁴¹⁹ Article 12(2)(4) de la directive 2016/800/UE, la détention en compagnie de « jeunes adultes » est acceptée alors que cette qualification dépend de l'appréciation de l'Etat membre concerné conformément au considérant (50) de la directive.

parfois à des considérations d'ordre opérationnel⁴²⁰. Enfin, la directive n'a surtout aucune incidence sur les règles nationales fixant l'âge de la responsabilité pénale⁴²¹ et n'uniformise donc pas l'application du motif de refus d'exception du MAE relatif à la responsabilité pénale⁴²². L'absence d'évaluation personnalisée et d'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire dans le cadre du MAE questionne également⁴²³.

Dans la directive 2012/13/UE, les informations prévues sont communiquées au plus tard au moment où la juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation⁴²⁴ et le droit d'accès aux pièces du dossier est donné « *en temps utile* » et, « *au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation* »⁴²⁵. La communication et l'accès peuvent en vérité être assez tardifs selon le droit procédural des Etats membres. Ils peuvent intervenir après le dépôt du réquisitoire introductif d'instance devant le juge mais avant que celui-ci ne commence à examiner l'accusation au fond et que les débats ne s'ouvrent devant lui⁴²⁶, voire encore plus tardivement lorsque les informations font l'objet de modifications ultérieures⁴²⁷ ou lorsque de nouveaux éléments de preuve sont versés au dossier en cours d'instance⁴²⁸. Par dérogation, la directive admet encore que « *l'accès à certaines pièces peut être refusé lorsque cet accès peut constituer une menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers, ou lorsque le refus d'accès est strictement nécessaire en vue de préserver un intérêt public important, comme dans les cas où cet accès risque de compromettre une enquête en cours (...)* »⁴²⁹. Pour finir, la Directive (UE) 2016/1919 laisse une certaine marge d'appréciation lorsque les Etats membres choisissent d'appliquer un

⁴²⁰ Article 12(2) b) et (6) de la directive 2016/800/UE.

⁴²¹ Article 2(5) de la directive 2016/800/UE.

⁴²² Article 3 DC MAE et arrêt CJUE (grande chambre), 23 janvier 2018, *Dawid Piotrowski*. Affaire C-367/16.

⁴²³ L'article 17 liste les articles applicables aux procédures dans le cadre d'un MAE et ne mentionne pas l'article 7 directive 2016/800/UE.

⁴²⁴ Article 6(3) de la directive 2012/13/UE.

⁴²⁵ Article 7(3) de la directive 2012/13/UE.

⁴²⁶ Points 99 et 100 de l'arrêt CJUE (grande chambre), 5 juin 2018, *Procédure pénale contre Nikolay Kolev e.a.* Affaire C-612/15. Ci-après « l'arrêt *Kolev* ».

⁴²⁷ Point 99 de l'arrêt *Kolev*.

⁴²⁸ Point 100 de l'arrêt *Kolev*.

⁴²⁹ Article 7(4) de la directive 2012/13/UE.

critère de ressources, un critère de bien-fondé ou les deux⁴³⁰ afin de déterminer l'octroi d'une aide juridictionnelle.

L'adoption de plusieurs textes en lien avec l'équité de la procédure conduit aussi à une fragmentation des droits de la défense⁴³¹ qui peut compliquer leur exercice effectif. Ce phénomène est accentué par la définition d'un champ d'application limité des directives et des dispositions d'application différenciée à l'intérieur même de ces directives⁴³². La directive (UE) 2016/800 est ainsi mise en œuvre en tenant compte des directives 2012/13/UE et 2013/48/UE⁴³³. Elle prévoit des garanties complémentaires plus favorables⁴³⁴ quant aux informations à fournir aux enfants et aux titulaires de la responsabilité parentale⁴³⁵ et devrait donc renforcer les standards sous-tendant la confiance mutuelle, notamment lorsqu'il s'agit de la remise de "mineurs isolés". Adopter un texte spécifique à la protection des enfants est en soi positif mais il peut être assez compliqué de faire le lien avec les autres directives⁴³⁶. L'article 4 distingue par exemple le moment de transmission des informations selon que l'information est prévue dans la directive 2012/13/UE ou dans la directive 2016/800/UE et en fonction d'événements alternatifs⁴³⁷ parfois vagues⁴³⁸. La directive 2016/1919/UE doit compléter et garantir

⁴³⁰ Article 5(3) lu en combinaison avec l'article 4(2) de la directive 2016/1919/UE.

⁴³¹ T. WAHL, « The EPPO and the Fragmentation of Defence Rights », Chapitre 5, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 85 à 113.

⁴³² Le considérant (15) de la directive 2010/64/UE explique par exemple que « *Les droits prévus par la présente directive devraient aussi s'appliquer, en tant que mesures d'accompagnement nécessaires, à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen dans les limites prévues par la présente directive* ». Il en va de même concernant les considérants (11) et (61) de la directive 2016/800/UE etc.

Ensuite, la directive (UE) 2016/343 limite le droit de garder le silence et le droit de ne pas s'incriminer soi-même « *en ce qui concerne l'infraction pénale qu'ils sont soupçonnés d'avoir commise ou au titre de laquelle ils sont poursuivis* » à l'article 7.

D'autre part, par exemple et en principe, les infractions mineures n'entrent pas dans le champ d'application des directives. Voir par exemple les considérants (14) à (16) de la directive 2016/800/UE. Ces infractions ne sont d'ailleurs pas caractérisées par un seuil spécifique ni par une définition, et ce malgré l'existence d'une notion autonome de la « *juridiction en matière pénale* ». D'autre fois, l'application complète des dispositions d'une directive n'intervient qu'en cas de privation de liberté, peu importe le stade de la procédure.

⁴³³ Considérant (18) de la directive 2016/800/UE.

⁴³⁴ Considérant (26) de la directive 2016/800/UE.

⁴³⁵ Considérant (18) de la directive 2016/800/UE.

⁴³⁶ Considérant (55) de la directive 2013/48/UE; considérant (43) de la directive 2016/343/UE.

⁴³⁷ Article 4(1) a)b)c) de la directive 2016/800/UE.

⁴³⁸ Le terme « *rapidement* » est entre autre employé.

l'effectivité du droit d'accès à un avocat prévu dans la directive 2013/48/UE⁴³⁹. La première directive doit être articulée avec la seconde afin de ne pas l'appliquer en cas de renonciation, non révoquée, au droit d'accès à un avocat⁴⁴⁰ ou lorsqu'un Etat membre a appliqué une des dérogations temporaires⁴⁴¹ prévue dans la directive 2013/48/UE.

La CJUE a donc choisi un fondement fort, difficilement contestable bien qu'imparfait à la présomption de confiance mutuelle : la protection des droits fondamentaux par le DUE. Afin de conforter la présomption de confiance mutuelle, la Cour de justice a également encadré les hypothèses de remise en cause de la présomption de protection des droits fondamentaux.

⁴³⁹ Considérant (1) et article 1(2) de la directive 2016/1919/UE.

⁴⁴⁰ Conformément à l'article 9 ou à l'article 10(3), respectivement, de la directive 2013/48/UE.

⁴⁴¹ Prévues à l'article 3(5) ou (6), de la directive 2013/48/UE.

2) Une forte présomption de confiance mutuelle : d'une (quasi-)irréfragabilité à une réfragabilité exceptionnelle

La présomption de confiance mutuelle produit ses effets au moment de la reconnaissance de la décision de l'Etat membre d'émission. Le mécanisme de reconnaissance mutuelle repose sur un degré de confiance élevé entre les Etats membres⁴⁴² qui implique que « (l)es décisions relatives à l'exécution du mandat d'arrêt européen (ne) doivent faire l'objet (que) de contrôles suffisants »⁴⁴³ et que les Etats membres soient en principe tenus de donner suite à un mandat d'arrêt européen⁴⁴⁴. La limitation concrète de ce contrôle, c'est-à-dire la difficulté rencontrée afin de renverser la présomption de confiance mutuelle, détermine sa force réelle. En raison de l'approche chronologique choisie, la présente sous-partie se focalisera sur le MAE. La DEE sera uniquement mentionnée ponctuellement, si cela s'avère pertinent.

Dans sa première approche formelle, la Cour de justice de l'Union européenne a ainsi fait de la présomption de confiance mutuelle une présomption (quasi-)irréfragable⁴⁴⁵. D'une part, la suspension générale des effets de la présomption de confiance mutuelle dans le cadre du MAE n'est possible qu'à travers une procédure politique particulière. Celle-ci s'avère pourtant inadaptée et impossible à mettre en œuvre⁴⁴⁶. Il en découle une irréfragabilité de fait de la présomption de confiance mutuelle lorsqu'on l'envisage dans sa globalité **(a)**. D'autre part, outre la question de la (ir)réfragabilité « globale » ou « générale » de la présomption de confiance mutuelle, celle de sa réfragabilité ponctuelle se pose. Dans les premiers temps de la mise en œuvre du MAE⁴⁴⁷, la CJUE a longtemps

⁴⁴² Pour le MAE : voir considérant (10) DC MAE. Le degré de confiance élevé est également confirmé dans la jurisprudence de la CJUE sur laquelle nous reviendrons, y compris dans le 3e temps jurisprudentiel du MAE.

⁴⁴³ Considérant (8) DC MAE.

⁴⁴⁴ Article 1(2) DC MAE, et confirmé par la jurisprudence de la CJUE : voir par exemple le point 35 de l'arrêt CJUE (grande chambre), 29 janvier 2013, *Ciprian Vasile Radu*. Affaire C-396/1111.

⁴⁴⁵ Du moins dans le premier et deuxième temps jurisprudentiel du MAE, avant son arrêt CJUE (grande chambre), 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*. Affaires jointes C-404/15 et C-659/15 PPU.

⁴⁴⁶ W. VAN BALLEGOIJ, P. BÀRD, « The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU » *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/the-cjeu-in-the-celmer-case-one-step-forward-two-steps-back-for-upholding-the-rule-of-law-within-the-eu/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

⁴⁴⁷ On vise ici les 1er et 2e temps jurisprudentiels de la mise en œuvre du MAE : les arrêts intervenant avant l'arrêt CJUE (grande chambre), 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*.

refusé de reconnaître un motif juridique de non-exécution relatif à la violation des droits fondamentaux. Il en découlait une (quasi-)irréfragabilité de la présomption de confiance mutuelle **(b)**.

La CJUE a adopté une conception très volontariste de la confiance mutuelle qui réduit la protection concrète et effective des droits fondamentaux de l'Union européenne au bénéfice de l'efficacité technique des instruments de coopération judiciaire pénale dans l'ELSJ. Il y a alors une sorte d'effet circulaire : la protection déclarée des droits fondamentaux fonde l'obligation formelle de confiance mutuelle dont la force revendiquée conduit à son tour à réduire la protection concrète et effective des droits fondamentaux, la rendant encore une fois largement présumée et abstraite.

a) L'irréfragabilité de la présomption de confiance mutuelle dans sa globalité : l'impasse politique

Conformément au considérant n°10 de la décision-cadre relative au MAE, la Cour de justice de l'Union européenne retient⁴⁴⁸ que la mise en œuvre du mécanisme du mandat d'arrêt européen « *en tant que tel* » est uniquement envisageable suite à la suspension globale et générale du bénéfice de la présomption de confiance mutuelle décidée au terme de la procédure politique prévue à l'article 7 du TUE⁴⁴⁹ suite à un cas de violation grave et persistante par un des Etats membres des valeurs fondamentales communes de l'Union⁴⁵⁰.

En vérité, cette procédure n'a (quasiment) aucune chance d'aboutir à un tel résultat au regard de son caractère inadapté à la coopération judiciaire pénale ainsi qu'en raison de l'impossibilité pratique de sa mise en œuvre complète. L'ineffectivité de cette procédure renforce de la présomption formelle de la confiance mutuelle et le caractère abstrait de la protection des droits fondamentaux. La présomption de confiance mutuelle ne peut donc être renversée dans sa totalité, de façon globale et générale face à l'ensemble des MAE et des DEE émis par un Etat membre dans le cadre la coopération judiciaire pénale. La DEE repose *a priori* également sur un degré de confiance élevé⁴⁵¹ mais ne fait aucune référence textuelle à l'hypothèse d'une suspension complète de la présomption de confiance mutuelle sur le fondement de la procédure de l'article 7 TUE. Il semble plus probable que cette absence soit liée à l'impossibilité de renverser de manière générale la présomption de confiance mutuelle plutôt qu'à une possibilité judiciaire de le faire⁴⁵². La CJUE n'y a pas non plus encore fait référence dans sa jurisprudence relative à

⁴⁴⁸ Cela reste vrai encore aujourd'hui, où les seules exceptions « judiciaires » à la confiance mutuelles sont *a priori* strictement limitées, ponctuelles et au cas par cas. Nous y reviendrons.

⁴⁴⁹ Point 81 de l'arrêt CJUE (grande chambre), 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*.

⁴⁵⁰ La décision-cadre relative au MAE fait référence à ce qui est en réalité de l'ex-article 6 TUE, devenu l'actuel article 2 du TUE.

⁴⁵¹ Pour la DEE : le degré de confiance n'est pas précisé dans le texte de la directive DEE mais a été confirmé par la CJUE au point 39 dans son arrêt CJUE (grande chambre), 8 décembre 2020, *A et a. Affaire C-584/19*. Demande de décision préjudicielle, introduite par le Landesgericht für Strafsachen Wien (tribunal régional en matière pénale de Vienne, Autriche).

⁴⁵² Confirmation *infra*, lors de l'étude de l'arrêt CJUE (première chambre), 11 novembre 2021, *Gavanozov II*. Affaire C 852/19.

la DEE⁴⁵³. La présomption de confiance mutuelle est absolue puisqu'elle est *in fine* irréfragable en pratique. La garantie des droits fondamentaux est elle hypothétique⁴⁵⁴.

L'article 7 TUE prévoit désormais⁴⁵⁵ deux procédures⁴⁵⁶ politiques⁴⁵⁷. Ces procédures s'inscrivent dans la protection du fonctionnement politique et institutionnel général de l'Union européenne, marqué par les valeurs libérales communes de l'article 2 TUE⁴⁵⁸. La mise en œuvre de l'article 7 TUE peut néanmoins conduire à une suspension générale des instruments de reconnaissance mutuelle⁴⁵⁹ en raison du fondement de la confiance mutuelle : la valeur commune des droits fondamentaux. Les procédures de l'article 7 TUE devraient en principe être un moyen de protéger concrètement et effectivement les droits fondamentaux et de remettre en cause la présomption de confiance mutuelle dans le cadre des instruments de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire pénale.

La possibilité de mettre en œuvre la procédure de l'article 7 TUE n'est pas une simple question théorique, et dépasse le seul cadre de la coopération judiciaire⁴⁶⁰. La

⁴⁵³ CJUE (première chambre), 24 octobre 2019, *Gavanozov contre Bulgarie*. Affaire C-324/17 ; CJUE (grande chambre), 8 décembre 2020, *A et a*. Affaire C-584/19 ; CJUE (première chambre), 11 novembre 2021, *Gavanozov II*. Affaire C 852/19 ; CJUE (quatrième chambre), 16 décembre 2021, *HP*. Affaire C-724/19.

⁴⁵⁴ D. FLORE, « La notion de confiance mutuelle: l'« alpha » et l'« omega » d'une justice pénale européenne ? », G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Area*, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, Coll. I.E.E., 2005, pages 17 à 28.

⁴⁵⁵ Au moment de l'adoption de la décision-cadre, la procédure de l'article 7 TUE ne prévoyait pas de phase préventive. Le considérant (10) de la DC MAE renvoie à l'actuel article 7(2) TUE. Cela sera démontré *infra*.

⁴⁵⁶ Il existe en vérité deux procédures possibles, l'une préventive (§1) et l'autre répressive (§2).

⁴⁵⁷ S. PEERS, « Should the EU sanction its Member States for breaches of rule of law and human rights? Part 1: The Legal Framework », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/07/should-eu-sanction-its-member-states.html> , 2019, dernière consultation janvier 2020.

⁴⁵⁸ Voir détail de ces valeurs communes *supra*.

⁴⁵⁹ Cette position est clairement appelée au point 72 de l'arrêt CJUE (grande chambre), 25 juillet 2018, *LM*. Affaire C-216/18 PPU.

⁴⁶⁰ Sur la recherche des possibilités de sanctions, via l'article 7 TUE et autres : voir R. TINIÈRE, « La délicate question de la détermination des sanctions pour violation de l'État de droit » , *RTD Eur.*, 2019, pages 293 à 304. ; K. L. SCHEPPELE, L. PECH, R. D. KELEMEN, « Never Missing an Opportunity to Miss an Opportunity: The Council Legal Service Opinion on the Commission's EU budget-related rule of law mechanism » , *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/never-missing-an-opportunity-to-miss-an-opportunity-the-council-legal-service-opinion-on-the-commissions-eu-budget-related-rule-of-law-mechanism/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

valeur fondamentale de l'état de droit⁴⁶¹, liée au respect des droits fondamentaux, est régulièrement remise en cause dans certains Etats membres. Il existe actuellement des réformes législatives ou constitutionnelles contraires à l'état de droit en Hongrie, en Pologne, en Roumanie et à Malte⁴⁶². L'article 7 TUE a été activé pour la première fois par la Commission à l'encontre de la Pologne le 20 décembre 2017 pour « risque de violation grave » des valeurs fondamentales⁴⁶³. Le Parlement européen a également déclenché cette procédure contre la Hongrie⁴⁶⁴ le 12 septembre 2018, s'inquiétant pour la liberté de la presse, l'indépendance de la justice, la corruption et le sort réservé aux migrants.

Les acteurs institutionnels des procédures de l'article 7 du TUE sont donc des acteurs politiques. Aucune intervention des juges de l'Union n'est prévue. Leur seul rôle reconnu dans ce cadre par l'article 269 du TFUE⁴⁶⁵ est fortement limité et sans pertinence concernant le respect des valeurs du droit de l'Union. De ce fait, la Cour de justice de l'Union européenne s'est toujours refusée à prononcer elle-même une réfragabilité globale de la présomption de confiance mutuelle⁴⁶⁶. L'absence d'intervention d'organes juridictionnels est un handicap important du point de vue de la coopération judiciaire

⁴⁶¹ R. TINIÈRE, « La délicate question de la détermination des sanctions pour violation de l'État de droit », *RTD Eur.*, 2019, pages 293 à 304.

⁴⁶² J. BORG-BARTHET, « Judicial Independence and Maltese courts: Is a microstate about to provide EU rule of law with its Van Gend moment? », *EU Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/05/judicial-independence-and-maltese.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020. Tentative de recours de l'ONG Pace Axiaq, à suivre.

⁴⁶³ D. KOCHENOV, L. PECH, and K. L. SCHEPPELE, « The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never ? », *Blog EU Law Analysis*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html>, 2017, dernière consultation décembre 2019.

⁴⁶⁴ D. KOCHENOV, L. PECH, and K. L. SCHEPPELE, « The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never ? », *Blog EU Law Analysis*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html>, 2017, dernière consultation décembre 2019.

⁴⁶⁵ L'article dispose que « *La Cour de justice n'est compétente pour se prononcer sur la légalité d'un acte adopté par le Conseil européen ou par le Conseil en vertu de l'article 7 du traité sur l'Union européenne que sur demande de l'État membre qui fait l'objet d'une constatation du Conseil européen ou du Conseil, et qu'en ce qui concerne le respect des seules prescriptions de procédure prévues par ledit article. Cette demande doit être faite dans un délai d'un mois à compter de ladite constatation. La Cour statue dans un délai d'un mois à compter de la date de la demande* ».

⁴⁶⁶ Point 73 de l'arrêt CJUE (grande chambre), 25 juillet 2018, *LM*. Affaire C-216/18 PPU.

pénale et des instruments de reconnaissance mutuelle⁴⁶⁷. Le principe de confiance mutuelle qui fonde le mécanisme de reconnaissance mutuelle du système de remise « *judiciarisé* » dépend d'une procédure politique et diplomatique qui s'adapte mal à la nature du système de remise. Les acteurs sont en effet des institutions représentant les intérêts des Etats membres - le Conseil de l'Union et le Conseil européen - et des institutions représentant les intérêts de l'Union européenne et des peuples européens - la Commission et le Parlement européen. Il existe une large prépondérance des premières, ce qui fait des Etats membres les premiers juges et parties de la procédure.

On constate alors qu'aucune des procédures actuellement lancées au titre de l'article 7 TUE n'a abouti à la moindre sanction. Cette actualité démontre l'inefficacité du dispositif en cas de violation du respect des droits fondamentaux ou d'une valeur qui y est liée⁴⁶⁸. En particulier, elle écarte la possibilité d'une suspension politique globale et effective de la présomption de confiance mutuelle en cas de violation des droits fondamentaux ou, autrement dit, confirme son irréfragabilité de fait.

La première procédure à l'article 7(1) TUE est une procédure préventive⁴⁶⁹. « *Sur proposition motivée d'un tiers des Etats membres, du Parlement européen ou de la Commission européenne, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après approbation du Parlement européen, peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil entend l'État membre en question et peut lui adresser des recommandations, en statuant selon la même procédure. Le Conseil vérifie*

⁴⁶⁷ Le projet de Traité instituant l'Union européenne présenté au Parlement européen le 14 février 1984, dit « *Projet Spinelli* », proposait pourtant un rôle bien plus important de la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la protection des valeurs de l'Union européenne. Ainsi, son article 44 prévoyait qu'en « *cas de violation grave et persistante de la part d'un État membre des dispositions du présent traité, après constatation par la Cour de justice à la demande du Parlement ou de la Commission, le Conseil européen* » puisse « *après avoir entendu l'État concerné, prendre sur avis conforme du Parlement des mesures (...) visant à suspendre les droits qui résultent de l'application d'une partie ou de la totalité des dispositions du présent traité à l'État considéré et à ses ressortissants, sans préjudice des droits acquis à ces derniers [et] pouvant aller jusqu'à suspendre la participation de l'État considéré au Conseil européen et au Conseil de l'Union, ainsi qu'à tout autre organe où l'État est représenté comme tel* ». Ce projet était largement en faveur d'une compétence de la Cour de justice dans le cadre de la procédure de l'article 7 TUE. Cette idée a cependant été écartée. Il a été publié au JOCE, C 77, du 19 mars 1984, p. 33 et s. J.-P. JACQUÉ, « *État de droit et confiance mutuelle* », *RTD Eur.*, 2018, pages 239 à 244. ; M. POELEMANS, « *Etat de droit et mandat d'arrêt européen : quel rôle pour la Cour de Justice ?* », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/26/informations-generales/etat-de-droit-et-mandat-darret-europeen-quel-role-pour-la-cour-de-justice/>, 2018, dernière consultation janvier 2020.

⁴⁶⁸ D. KOCHENOV, L. PECH, and K. L. SCHEPPELE, « *The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never ?* », Blog EU Law Analysis, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html>, 2017, dernière consultation décembre 2019.

⁴⁶⁹ Article 7(1) TUE.

régulièrement si les motifs qui ont conduit à une telle constatation restent valables »⁴⁷⁰. Le risque clair de violation grave pourrait porter sur le risque de violation du respect des droits fondamentaux dans une situation de crise systémique grave mais ne vise pas la violation ponctuelle d'un droit fondamental⁴⁷¹. Chaque acteur politique de l'Union européenne peut soulever un risque manifeste de violation des valeurs communes de l'Union européenne mais l'acteur principal reste le Conseil de l'Union européenne. Il entend l'Etat membre concerné, adresse des recommandations et lui seul peut finalement constater le risque. Les Etats membres sont alors déjà potentiellement juges et parties et l'exigence d'une majorité renforcée des quatre cinquièmes complique encore l'adoption d'une telle constatation.

Il s'agit d'une longue phase de discussion et de négociation diplomatique⁴⁷². Aucune sanction n'est encore possible, uniquement des recommandations et l'enjeu qui se pose est alors celui du degré et de la qualité de la stigmatisation. De ce point de vue, la procédure préventive de l'article 7 TUE ne vise pas l'hypothèse du considérant n°10 de la DC MAE qui envisage une suspension globale des effets de la confiance mutuelle dans le cadre du MAE en tant que sanction face à une *violation* effective, grave et manifeste des droits fondamentaux. Pourtant, cette procédure de prévention a déjà été utilisée alors que l'on se situait bien au-delà du simple risque de violation en ce qui concerne la Hongrie et la Pologne⁴⁷³. La constatation d'un risque aussi grave de violation dans le cadre de l'article 7 TUE pourrait, devrait alors être pris en compte au regard de la logique de la confiance mutuelle. Au moment de l'adoption de la décision-cadre, la procédure de l'article 7 ne prévoyait pas encore de phase préventive et il conviendrait donc d'éventuellement adapter le lecture du considérant n°10 de la DC MAE. Dans son arrêt

⁴⁷⁰ Voir article 7(1) TUE.

⁴⁷¹ C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, op. cit., pages 329 à 332.

⁴⁷² La Commission européenne a même mis en place une pré-procédure au déclenchement de l'article 7 TUE. voir C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, op. cit., pages 332 à 334.

⁴⁷³ S. PEERS, « Should the EU sanction its Member States for breaches of rule of law and human rights? Part 1: The Legal Framework », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/07/should-eu-sanction-its-member-states.html> , 2019, dernière consultation janvier 2020.
D. KOCHENOV, L. PECH, and K. L. SCHEPPELE, « The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never ? », Blog EU Law Analysis, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html> , 2017, dernière consultation décembre 2019.

LM du 25 juillet 2018⁴⁷⁴, la Cour de justice⁴⁷⁵ a pourtant bien circonscrit la prise en compte des procédures de l'article 7 TUE et intégré la constatation du risque de violation des valeurs communes en tant qu'élément du contrôle relatif à l'application du motif exceptionnel et ponctuel de non-exécution du MAE.

Dans cette affaire, *LM* s'opposait à sa remise en raison d'un risque réel de violation de ses droits. En effet, celui-ci serait privé de son droit à un procès équitable suite aux réformes législatives récentes du système judiciaire en Pologne. Selon lui, la base de la confiance mutuelle entre l'autorité d'émission du mandat d'arrêt européen et l'autorité d'exécution de ce mandat avait été fondamentalement compromise. Le fonctionnement général du mécanisme du mandat d'arrêt européen face à cet Etat membre serait affecté. Au soutien de son argumentation, *LM* s'appuyait en particulier sur la proposition motivée de la Commission, du 20 décembre 2017, présentée conformément à l'article 7, paragraphe 1, du TUE concernant le risque clair de violation grave de l'état de droit en Pologne. La juridiction de renvoi estimait que l'État de droit avait effectivement été enfreint dans cet État membre par l'effet cumulé des réformes législatives survenues depuis 2015⁴⁷⁶. La juridiction de renvoi posait alors la question de l'extension et de l'application simplifiée du motif jurisprudentiel de non-exécution reconnu dans la jurisprudence *Aranyosi*⁴⁷⁷. La juridiction de renvoi se demandait particulièrement si l'autorité judiciaire d'exécution était encore tenue d'apprécier, de manière concrète et précise, dans quelle mesure la personne concernée sera exposée au risque d'un procès inéquitable. Elle semblait estimer que l'existence d'éléments de preuve démontrant que la situation générale dans l'État membre d'émission est incompatible avec le droit fondamental à un procès équitable suffisait. Son procès aurait lieu au sein d'un système judiciaire ne fonctionnant plus selon le principe de l'État de droit, ce qui aurait forcément un impact négatif sur la décision de justice. La juridiction de renvoi parlait ici d'un « vice fondamental du système judiciaire ». Selon cette juridiction, aucune garantie individuelle,

⁴⁷⁴ CJUE (grande chambre), 25 juillet 2018, *LM*. Affaire C-216/18 PPU. Ci-après « l'arrêt *LM* ».

⁴⁷⁵ G. TAUPIAC-NOUVEL, « Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/28/informations-generales/derniers-developpements-concernant-le-mandat-darret-europeen-la-cour-de-justice-au-secours-de-la-construction-repressive-europeenne/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

⁴⁷⁶ Notamment celles concernant la Cour constitutionnelle, la Cour suprême, le Conseil national de la magistrature, l'organisation des juridictions de droit commun, l'École nationale de la magistrature et le ministère public.

⁴⁷⁷ Voir en particulier le point 24 de l'arrêt *LM*.

relative à un procès équitable concernant la personne à remettre, ne pourrait jamais être accordée étant donné la nature systémique de la violation de l'État de droit.

La CJUE maintient sa méthodologie du contrôle en deux étapes mais retient que les informations figurant dans une proposition motivée récemment adressée par la Commission au Conseil sur le fondement de l'article 7(1) TUE constituent des éléments particulièrement pertinents aux fins de l'évaluation de l'existence de défaillances systémiques dans le cadre du contrôle *in abstracto*⁴⁷⁸. L'appréciation concrète du risque individuel s'impose toujours encore lorsque, « *d'une part, l'État membre d'émission a fait l'objet d'une proposition motivée de la Commission, adoptée au titre de l'article 7, paragraphe 1, TUE, aux fins que le Conseil constate qu'il existe un risque clair de violation grave par ledit État membre des valeurs visées à l'article 2 TUE, telles que celle de l'État de droit, en raison, notamment, d'atteintes à l'indépendance des juridictions nationales, et, d'autre part, l'autorité judiciaire d'exécution estime disposer, sur la base, notamment, d'une telle proposition, d'éléments de nature à démontrer l'existence de défaillances systémiques, au regard desdites valeurs, au niveau du pouvoir judiciaire de cet État membre* »⁴⁷⁹. Il existe donc une prise en compte judiciaire de la procédure politique préventive de l'article 7 TUE mais celle-ci est limitée. La procédure politique préventive ne suffit ni renverser la présomption de confiance mutuelle dans l'ensemble de ses effets ni à activer l'application du motif de refus. Elle participe uniquement à remplir une des conditions de son éventuelle réfragabilité ponctuelle. L'autorité judiciaire d'exécution ne peut donc s'abstenir de donner suite à un mandat d'arrêt européen émis par un État membre qui fait l'objet d'une proposition motivée au sens de l'article 7(1) TUE, « *que dans des circonstances exceptionnelles* »⁴⁸⁰.

Conformément à la lettre⁴⁸¹ du considérant n°10 de la décision-cadre 2002/584, la mise en œuvre du mécanisme du mandat d'arrêt européen ne peut être suspendue qu'en cas de *violation grave et persistante* par un des États membres des principes énoncés à l'article 2 TUE, « *constatée par le Conseil européen en application de l'article 7, paragraphe 2, TUE, avec les conséquences prévues au paragraphe 3 du même*

⁴⁷⁸ Point 61 de l'arrêt *LM*.

⁴⁷⁹ Point 69 de l'arrêt *LM*.

⁴⁸⁰ Point 73 de l'arrêt *LM*.

⁴⁸¹ Point 71 de l'arrêt *LM*.

article »⁴⁸². Celui-ci reste donc interprété de façon restrictive⁴⁸³. Partant, ce n'est qu'en présence d'une telle décision de constatation du Conseil européen, suivie de la suspension par le Conseil de l'application de la décision-cadre 2002/584, que l'autorité judiciaire d'exécution serait *automatiquement tenue* de refuser d'exécuter tout mandat d'arrêt européen émis par l'État membre d'émission, sans avoir à procéder à une quelconque appréciation concrète du risque réel couru par la personne concernée de voir le contenu essentiel de son droit fondamental à un procès équitable affecté⁴⁸⁴. L'automatisme et la systématique de la suspension ponctuelle de la présomption de confiance mutuelle au niveau judiciaire, qui équivaut à une suspension « judiciaire » complète, dépend toujours d'une décision politique.

La procédure qui intéresse le considérant n°10 de la décision-cadre relative au MAE est donc la seconde procédure politique répressive⁴⁸⁵ prévue à l'article 7, paragraphe 2, TUE . Selon cette procédure, « *(l)e Conseil européen, statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des Etats membres ou de la Commission européenne et après approbation du Parlement européen, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2, après avoir invité cet État membre à présenter toute observation en la matière* »⁴⁸⁶. Ce n'est que « *(l)orsque la constatation (...) a été faite, (que) le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil. Ce faisant, le Conseil tient compte des conséquences éventuelles d'une telle suspension sur les droits et obligations des personnes physiques et morales. Les obligations qui incombent à l'État membre en question au titre des traités restent en tout état de cause contraignantes pour cet État* »⁴⁸⁷.

⁴⁸² Point 70 de l'arrêt *LM*.

⁴⁸³ Point 71 de l'arrêt *LM*.

⁴⁸⁴ Point 72 de l'arrêt *LM*.

⁴⁸⁵ Article 7(2) TUE.

⁴⁸⁶ Article 7(2) TUE.

⁴⁸⁷ Article 7(3) TUE.

La violation ne doit pas seulement être « *claire* »⁴⁸⁸ mais aussi « *grave et persistante* ». Une violation ponctuelle d'un droit fondamental ne semble pas pouvoir faire l'objet d'une telle procédure⁴⁸⁹. Cette aspect semble corrélé avec l'importance du principe de confiance mutuelle dans le cadre de la coopération judiciaire et justifie une procédure relativement lourde. Le caractère systémique de la défaillance et son importance sont nécessaires pour justifier la remise en cause globale de la présomption de confiance mutuelle.

Les éléments problématiques observés dans le cadre de la procédure préventive sont cependant encore renforcés lors de la procédure répressive. On relève notamment que le Parlement européen, assurant les intérêts européens, ne peut plus initier cette procédure. Le Conseil européen et le Conseil de l'Union sont encore les acteurs essentiels de la procédure. Le Conseil européen est d'ailleurs le seul à pouvoir constater l'existence d'une violation et ce, uniquement à l'unanimité. Cette exigence rend extrêmement difficile l'aboutissement de la procédure à une sanction. En raison de l'immobilisme politique, on ne peut que constater l'impossibilité pratique de parvenir à une sanction politique. En effet, la Pologne et la Hongrie se soutiennent et se protègent mutuellement concernant les tentatives de sanction pour violation de l'état de droit et rendent impossible l'unanimité. Le traité sur l'Union européenne n'a pas envisagé l'hypothèse où deux ou plusieurs Etats membres se trouveraient simultanément faire l'objet d'une telle procédure⁴⁹⁰. D'autre part, le cas d'une violation collective n'a jamais été envisagé. L'intérêt de l'Union européenne risque de ne pas prévaloir face à celui individuel des Etats membres. Il est donc fort improbable que la présomption de confiance mutuelle ne soit jamais remise en cause par ce biais. Cet état de fait a contraint les institutions européennes à favoriser les recours juridictionnels. La Commission s'est notamment saisie de la situation polonaise et a enclenché plusieurs procédures en

⁴⁸⁸ Comme pour le risque de violation constaté dans la procédure préventive article 7(1) TUE.

⁴⁸⁹ C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, op. cit., 2020, pages 329 à 332.

⁴⁹⁰ D. KOCHENOV, L. PECH, and K. L. SCHEPPELE, « The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never ? », Blog EU Law Analysis, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html>, 2017, dernière consultation décembre 2019.

manquement auxquelles la CJUE a répondu favorablement⁴⁹¹. Il semble qu'un palliatif à l'immobilisme politique soit peut-être envisageable au niveau juridictionnel⁴⁹².

Si la violation réussissait tout de même à être constatée, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, décide à nouveau seul des sanctions à appliquer. Il est alors possible de priver l'Etat membre concerné du bénéfice de la présomption de confiance mutuelle au titre de la « *suspension de certains des droits découlant de l'application des traités* » et ce, de façon générale⁴⁹³. A l'inverse, cet Etat membre devrait continuer à remplir ses obligations découlant de la mise en œuvre du MAE puisque « *(l)es obligations qui incombent à l'État membre en question au titre des traités restent en tout état de cause contraignantes pour cet État* ». Néanmoins, en raison des conséquences potentielles d'une telle suspension sur les droits et obligations des personnes physiques et morales⁴⁹⁴, c'est-à-dire d'éventuelles impunités et la contrariété des droits des victimes, cette sanction est aussi plus délicate qu'il n'y paraît.

Dans son arrêt *RO*⁴⁹⁵, la Cour a encore récemment confirmé que la mise en œuvre de la procédure de l'article 7(2) TUE restait la seule option envisageable afin de suspendre de la présomption de confiance mutuelle de façon générale à l'encontre d'un Etat membre, y compris dans le contexte particulier du retrait du Royaume-Uni. En cas de remise, Monsieur RO alléguait qu'il ne bénéficierait plus de plusieurs droits en vertu de la Charte et de la décision-cadre⁴⁹⁶ après le retrait effectif du Royaume-Uni. Le principe de

⁴⁹¹ Voir notamment :

CJUE (grande chambre), 24 juin 2019, *Commission européenne contre République de Pologne*. Affaire C-619/18. Recours en manquement au titre de l'article 258 TFUE.

CJUE (grande chambre), 5 novembre 2019, *Commission européenne contre République de Pologne*. Affaire C-192/18. Recours en manquement au titre de l'article 258 TFUE.

CJUE (grande chambre), 8 avril 2020, *Commission européenne contre République de Pologne*. Affaire C-791/19 R. Demande de mesures provisoires référé. Par voie d'ordonnance.

CJUE (grande chambre), 15 juillet 2021, *Commission européenne contre République de Pologne*. Affaire C-791/19. Recours en manquement au titre de l'article 258 TFUE.

⁴⁹² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les droits fondamentaux, frein ou moteur de l'intégration européenne? », *Revue de l'Union européenne* n°627, 2019, pages 220 à 224.

⁴⁹³ Considérant (10) DC MAE.

⁴⁹⁴ Article 7(3) TUE.

⁴⁹⁵ CJUE (première chambre), 19 septembre 2018, *RO*. Affaire C-327/18 PPU. Demande de décision préjudicielle introduite par la High Court (Haute Cour, Irlande). ci après « l'arrêt *RO* ».

⁴⁹⁶ Il évoquait particulièrement quatre aspects du droit de l'Union : le droit à déduction de la période de détention subie dans l'Etat membre d'exécution, prévu à l'article 26 de la décision-cadre ; la règle « de spécialité », visée à l'article 27 de la décision-cadre ; le droit limitant la remise ou l'extradition ultérieure, visé à l'article 28 de la décision-cadre, et enfin le respect des droits fondamentaux de la personne remise conformément à la CDFUE.

la confiance mutuelle aurait ainsi été irrémédiablement ébranlé par la notification de retrait, si bien que la remise ne devait pas être exécutée⁴⁹⁷. La notification de retrait conduirait au renversement global de la présomption de confiance mutuelle envers le Royaume-Uni.

La Cour de justice de l'Union européenne a néanmoins limité les effets du retrait sur l'exécution du MAE⁴⁹⁸. Avant le retrait effectif, une telle notification n'a pas pour effet de suspendre l'application du droit de l'Union dans l'État membre ayant notifié son intention de se retirer de l'Union⁴⁹⁹. Par conséquent, ce droit, dont font partie les dispositions de la décision-cadre ainsi que le principe de confiance mutuelle et la technique de reconnaissance mutuelles inhérentes à cette dernière, reste pleinement en vigueur dans cet État jusqu'à son retrait effectif de l'Union⁵⁰⁰. Le refus d'exécution du MAE basé sur la notification de retrait équivaldrait à une suspension générale et unilatérale des dispositions de la décision-cadre⁵⁰¹ contraire au principe de confiance mutuelle⁵⁰². De par son application potentiellement automatique et systématique, il se heurterait au libellé du considérant 10 de la décision-cadre relative au MAE, selon lequel il appartient au Conseil européen de constater une violation dans l'État membre d'émission des principes énoncés à l'article 2 TUE aux fins de la suspension générale de la présomption de confiance mutuelle et de fait, de l'exécution des MAE au regard de cet État membre⁵⁰³. L'Etat reste juridiquement un Etat membre⁵⁰⁴ bien que la situation politique soit trouble⁵⁰⁵.

⁴⁹⁷ Point 43 de l'arrêt *RO*.

⁴⁹⁸ C. GUILLARD, « Mandat d'arrêt européen et retrait d'un État membre de l'Union européenne », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 81 à 86.

⁴⁹⁹ Point 45 de l'arrêt *RO*.

Solution également anticipée par la Cour de cassation française : Cass. crim. 2 mai 2018, n°18-82.167. Voir à ce sujet B. NICAUD, « L'inconséquence (provisoire) du *Brexit* sur l'exécution du mandat d'arrêt européen, Arrêt rendu par Cour de cassation, crim. 02-05-2018 n° 18-82.167 », *AJ Pénal*, 2018, page 374.

⁵⁰⁰ Point 45 de l'arrêt *RO*.

⁵⁰¹ Point 47 de l'arrêt *RO*.

⁵⁰² « Brexit, Mandat d'arrêt européen, Confiance mutuelle, Adhésion à la Convention EDH », *L'Observateur de Bruxelles*, 2019/1 n°115, 2019, pages 77 à 78.

⁵⁰³ Point 47 de l'arrêt *RO*.

⁵⁰⁴ Sur le refus d'un « retrait partiel immédiat » voir C. GUILLARD, « Mandat d'arrêt européen et retrait d'un État membre de l'Union européenne », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 81 à 86.

⁵⁰⁵ G. TAUPIAC-NOUVEL, « Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/28/informations-generales/derniers-developpements-concernant-le-mandat-darret-europeen-la-cour-de-justice-au-secours-de-la-construction-repressive-europeenne/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

La présomption de confiance mutuelle n'est donc pas réfragable de manière *générale et globale*. Cela favorise sa large application et renforce l'efficacité des instruments de reconnaissance mutuelle qu'elle sous-tend. Elle rend cependant la protection des droits fondamentaux encore plus théorique et abstraite. En raison des mêmes préoccupations d'efficacité, la Cour de justice a longtemps également refusé toute réfragabilité *ponctuelle* de la présomption de confiance mutuelle, relative à la violation des droits fondamentaux.

b) Le refus initial d'une alternative judiciaire ponctuelle : l'absence de motif de non-exécution du MAE relatif à la violation des droits fondamentaux

Dans les premiers temps de la mise en œuvre du MAE, l'importance accordée à la présomption de confiance mutuelle conduit à déclarer la protection des droits fondamentaux comme *déjà* suffisante et conforme à la CDFUE. Non seulement la confiance mutuelle ne peut être remise en cause globalement que selon la procédure politique de l'article 7 TUE qui constitue une impasse, mais elle ne pourra pas non plus l'être au niveau judiciaire. La présomption, autrement dit l'obligation formelle de confiance mutuelle, reste quasi-irréfragable, même ponctuellement. Il n'existe donc pas d'alternative judiciaire et la confiance mutuelle est absolue en matière de protection des droits fondamentaux.

La CJUE a ainsi catégoriquement refusé de reconnaître une exception concrète et ponctuelle à la confiance mutuelle sous la forme d'un motif de non-exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux. Un motif de non-exécution s'applique éventuellement à l'issue du contrôle conduit lors de la procédure d'exécution du MAE lorsque la remise serait problématique au regard de la situation concrète de l'individu et selon les circonstances de l'espèce. La CJUE réduit la marge d'appréciation de l'autorité judiciaire d'exécution en gageant que la confiance mutuelle suffit⁵⁰⁶. C'est encore une protection largement abstraite des droits fondamentaux qui est mise en avant.

D'une part, la violation des droits fondamentaux ne fait pas partie de la liste exhaustive des motifs de non-exécution obligatoires ou facultatifs du MAE et ne fait donc pas partie des exceptions reconnues par le DUE et la CJUE à la présomption de confiance mutuelle. D'autre part, l'interprétation restrictive de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux par la CJUE conduit à écarter tout motif alternatif *national* de non-exécution relatif aux droits fondamentaux qui remettrait en cause la confiance mutuelle. Une protection concrète des droits fondamentaux par le droit national n'est admise que lorsqu'elle est dissociée des principes de confiance mutuelle et de primauté du droit de l'Union.

⁵⁰⁶ R. MEHDI, « Avis 2/13 : le mécanisme de codéfendeur à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/13/droits-fondamentaux/avis-213-le-mecanisme-de-codefendeur-a-lepreuve-de-lautonomie-du-droit-de-lunion-europeenne/>, 2015, dernière consultation novembre 2019.

Dans l'arrêt *Radu*⁵⁰⁷ de 2013, la CJUE s'est ainsi prononcée sur l'existence d'un motif général de non-exécution relatif à la violation des droits fondamentaux fondé *sur le droit de l'Union* afin de ponctuellement renverser la présomption de confiance mutuelle.

En l'espèce, M. Radu s'opposait à l'exécution des MAE émis à son encontre au motif que, conformément à l'article 6 TUE, les dispositions de la Charte ainsi que de la CEDH étaient devenues des dispositions de droit primaire de l'Union et qu'en conséquence, la décision-cadre devait désormais être interprétée et appliquée de manière conforme à la Charte et à la CEDH. Les autorités judiciaires de l'État membre d'exécution devaient en conséquence vérifier si les droits fondamentaux garantis par la Charte et la CEDH étaient respectés dans l'État membre d'émission. Si tel n'était pas le cas, ces autorités seraient autorisées à refuser l'exécution du MAE concerné bien qu'un tel motif de non-exécution ne soit pas expressément prévu par la décision-cadre 2002/584⁵⁰⁸. La Curtea de Apel Constanța se demandait alors si l'autorité judiciaire d'exécution pouvait rejeter la demande de remise au motif que les conditions cumulatives prévues à l'article 5 (1) de la CEDH et à l'article 6 de la Charte, combiné aux articles 48 et 52 de la Charte et compte tenu des articles 5(3)(4) et 6(2)(3) de la CEDH n'étaient pas réunies.

Alors que son avocate générale E. Sharpston s'était emparée à bras-le-corps de la question⁵⁰⁹, la CJUE a préféré reformuler la problématique de façon bien plus étroite. La Cour de justice s'est uniquement prononcée sur le fait de savoir si les autorités judiciaires d'exécution pouvaient refuser d'exécuter un MAE émis aux fins de l'exercice de poursuites pénales « *au motif que les autorités judiciaires d'émission n'ont pas entendu la personne recherchée avant la délivrance de ce mandat d'arrêt* »⁵¹⁰. Elle s'est uniquement prononcée sur le droit d'être entendu avant la délivrance du MAE et sur un motif de refus d'exécution y afférent. Elle écartera un éventuel motif de refus d'exécution visant les droits fondamentaux dans leur ensemble dans la suite de son raisonnement.

⁵⁰⁷ CJUE (grande chambre), 29 janvier 2013, *Ciprian Vasile Radu*. Affaire C- 396/1111. Ci-après « l'arrêt *Radu* ».

⁵⁰⁸ Point 19 de l'arrêt *Radu*.

⁵⁰⁹ Conclusions de l'avocat général Mme E. Sharpston, présentées le 18 octobre 2012 dans l'affaire C-396/11 Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Constanța Contre Ciprian Vasile Radu.

⁵¹⁰ Point 31 de l'arrêt *Radu*.

Le raisonnement de la CJUE débute, non par la question de la protection des droits fondamentaux, mais par un rappel de l'objectif d'efficacité technique du MAE. En effet, la décision-cadre 2002/584, en particulier au regard de son article 1(1)(2) ainsi que de ses considérants 5 et 7, a pour objet de remplacer le système classique d'extradition par un système de remise entre autorités judiciaires fondé sur le *principe de reconnaissance mutuelle*⁵¹¹. De ce fait, l'instrument du MAE représente « *un nouveau système simplifié et plus efficace de remise* »⁵¹² destiné à « *faciliter et à accélérer la coopération judiciaire* »⁵¹³. Ainsi, en vertu de la technique de la reconnaissance mutuelle⁵¹⁴, les Etats membres sont en principe *tenus* de donner suite à un mandat d'arrêt européen⁵¹⁵. L'obligation de reconnaissance mutuelle est donc la première traduction technique de l'obligation de confiance mutuelle et de sa force⁵¹⁶. Elle doit donc être préservée au maximum.

L'efficacité du mécanisme de reconnaissance mutuelle est renforcée par le jeu *combiné* d'un degré élevé de confiance qui doit exister entre les Etats membres⁵¹⁷ et du principe de primauté qui uniformise le droit de l'Union. L'harmonisation des motifs de refus de non-reconnaissance et de non-exécution est une caractéristique des instruments de reconnaissance mutuelle, rendue possible par l'existence d'un degré élevé de confiance. La CJUE va ainsi délimiter le degré de confiance mutuelle et la force de sa présomption. Par une interprétation restrictive des exceptions des dispositions des articles 3, 4 et 4 bis de la décision-cadre, la liste des motifs de non-exécution devient limitative et exhaustive. Les Etats membres ne peuvent refuser d'exécuter un mandat qu'au regard de ces motifs obligatoires ou facultatifs listés⁵¹⁸. En outre, l'autorité judiciaire d'exécution ne peut subordonner l'exécution d'un MAE qu'aux seules garanties définies à

⁵¹¹ Point 33 de l'arrêt *Radu*.

⁵¹² Point 34 de l'arrêt *Radu*.

⁵¹³ Point 34 de l'arrêt *Radu*.

⁵¹⁴ La CJUE renvoie à l'article 1(2) de la décision-cadre 2002/584 qui dispose que « *Les Etats membres exécutent tout mandat d'arrêt européen, sur la base du principe de reconnaissance mutuelle et conformément aux dispositions de la présente décision-cadre* ».

⁵¹⁵ Point 35 de l'arrêt *Radu*.

⁵¹⁶ Point 34 de l'arrêt *Radu*.

⁵¹⁷ Point 34 de l'arrêt *Radu*.

⁵¹⁸ Points 35 et 36 de l'arrêt *Radu*.

l'article 5 de la décision-cadre⁵¹⁹. Cette solution a été confirmée dans les arrêts *Melloni*⁵²⁰ et *Jeremy F*⁵²¹. La CJUE a également réaffirmé le principe du caractère limitatif de cette liste dans son arrêt *Aranyosi et Căldăraru* après avoir reconnu la théorie des circonstances exceptionnelles⁵²².

La Cour de justice pose la force particulière de la présomption de confiance mutuelle, au regard de ses exceptions mais surtout de la limitation de ces exceptions. Certains motifs de non-exécution des articles 3, 4 et 4 bis sont en lien avec la protection des droits fondamentaux et concrétisent certaines garanties spécifiques. Les dispositions des articles 3, 4 et 4 bis ne prévoient cependant aucun motif de non-exécution « général » qui concernerait potentiellement la violation de n'importe quel droit fondamental en tant qu'il fait partie des droits fondamentaux reconnus par l'Union. La CJUE a alors refusé d'étendre la liste de la DC MAE au-delà du texte qui les harmonise, quand bien même un nouveau motif pourrait être fondé sur la violation des droits fondamentaux garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵²³. La présomption de confiance mutuelle n'est donc pas réfragable en raison du risque de violation ponctuelle des droits fondamentaux *de l'Union* sur le fondement *du droit de l'Union*.

Les motifs existants sont principalement limités à des éléments relatifs au principe *non bis in idem* ou au principe de légalité⁵²⁴. Bien que liés à la question de la protection des droits fondamentaux, ces motifs sont surtout des techniques de gestion des compétences entre les Etats membres et un moyen de respecter le droit et la souveraineté pénale de l'Etat membre d'exécution aux fins d'efficacité du MAE. Leur encadrement et leur aspect assez « technique » limitent leurs effets. Ils ciblent ainsi essentiellement la technique de la reconnaissance mutuelle sans « endommager » la confiance mutuelle.

⁵¹⁹ Points 35 et 36 de l'arrêt *Radu*.

⁵²⁰ Point 38 de l'arrêt *Melloni*.

⁵²¹ Point 36 de l'arrêt *Jeremy F*.

⁵²² Point 80 de l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru*. Pourtant, elle insère justement une exception relative aux droits fondamentaux. Voir *infra*.

⁵²³ Point 38 de l'arrêt *Radu*.

⁵²⁴ Article 4(4)(7) DC MAE.

Tout d'abord, la décision-cadre envisage essentiellement certaines hypothèses liées au respect du principe *ne bis in idem*. L'autorité judiciaire d'exécution refuse obligatoirement l'exécution du MAE si la personne recherchée a fait l'objet d'un jugement définitif pour les mêmes faits dans un autre État membre que celui d'émission, à condition que, en cas de condamnation, celle-ci ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de l'État membre de condamnation⁵²⁵. L'application du principe *ne bis in idem* n'est pleine et entière que dans l'hypothèse d'une condamnation définitive par un autre Etat membre et, en principe, à condition que cela n'engendre pas d'impunité. De façon facultative, un refus d'exécution est aussi possible lorsque la personne qui fait l'objet du MAE est « seulement » poursuivie dans l'État membre d'exécution pour les mêmes faits que ceux à la base du MAE⁵²⁶ ou lorsque les autorités judiciaires d'exécution ont décidé, soit de ne pas engager de poursuites pour l'infraction faisant l'objet du MAE, soit d'y mettre fin, ou encore lorsque la personne a fait l'objet dans un État membre d'une décision définitive pour les mêmes faits⁵²⁷. Enfin, l'autorité judiciaire d'exécution peut opposer son refus si la personne recherchée a été définitivement jugée pour les mêmes faits mais par un pays *tiers*, à condition que, en cas de condamnation, celle-ci ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois du pays de condamnation⁵²⁸. Les différentes conditions et le caractère parfois optionnel du refus relativisent le champ d'application de la protection du principe *ne bis in idem*.

Ensuite, conformément au principe de légalité, il est prévu que l'autorité judiciaire d'exécution puisse refuser d'exécuter un MAE si le fait qui est à la base de ce MAE ne constitue pas une infraction au regard du droit de l'État membre d'exécution⁵²⁹ lorsque la condition de double incrimination s'applique⁵³⁰. Il existe une autre faculté de refus en cas de prescription de l'action pénale ou de la peine selon la législation de l'État membre d'exécution alors que les faits pourraient relever de sa compétence selon sa propre loi pénale⁵³¹. Encore une fois, le caractère optionnel du refus relativise le champ

⁵²⁵ Article 3(2) DC MAE.

⁵²⁶ Article 4(2) DC MAE.

⁵²⁷ Article 4(3) DC MAE.

⁵²⁸ Article 4(5) DC MAE.

⁵²⁹ Article 4(1) DC MAE.

⁵³⁰ Article 2(4) DC MAE.

⁵³¹ Article 4(4) DC MAE.

d'application de la protection du principe de légalité des délits et des peines. Il pourrait même conduire à une répression accrue comparé aux situations purement internes. Enfin, le refus d'exécution du MAE est obligatoire si la personne ne peut, en raison de son âge, être tenue pénalement responsable des faits à l'origine de ce mandat selon le droit de l'État membre d'exécution⁵³². Ce motif vise à s'assurer que l'âge de la responsabilité pénale soit celui le plus tardif, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant⁵³³.

Concernant les garanties imposables au titre de l'article 5 de la DC MAE, « lorsque l'infraction qui est à la base du MAE est punie par *« une peine ou une mesure de sûreté privatives de liberté à caractère perpétuel, l'exécution dudit mandat peut être subordonnée à la condition que le système juridique de l'État membre d'émission prévoit des dispositions permettant une révision de la peine infligée, sur demande de l'intéressé ou au plus tard après vingt ans, ou encore l'application de mesures de clémence en vertu du droit ou de la pratique »*⁵³⁴. Cet élément, quoique important quant au respect de l'article 4 de la CDFUE, ne fait que reprendre la jurisprudence de la CourEDH⁵³⁵. C'est un minimum, déjà applicable en matière d'extradition⁵³⁶. Qui plus est il est ici facultatif alors qu'il devrait être obligatoire⁵³⁷.

La présomption de confiance mutuelle reste donc quasi-irréfragable au regard de la protection des droits fondamentaux de l'UE, y compris ponctuellement. La Cour de justice estime pourtant que la protection offerte par la décision-cadre est suffisante⁵³⁸, notamment parce qu'elle est conforme à la CDFUE⁵³⁹.

⁵³² Article 3(3) DC MAE.

⁵³³ Article 24(2) de la CDFUE.

⁵³⁴ Article 5(2) DC MAE.

⁵³⁵ CEDH (quatrième section), 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, (Requêtes n°66069/09, 130/10 et 3896/10), §§ 119-122 (sur les peines perpétuelles et l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, de la torture).

⁵³⁶ Voir notamment CEDH (plénière), 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, (Requête n°14038/88) : interdiction des traitements inhumains ou dégradants, de la torture et violation par ricochet en cas d'extradition ; CEDH (ancienne cinquième section, 4 septembre 2014, *Trabelsi c. Belgique*, (Requête n°140/10) : en matière d'extradition, interdiction des traitements inhumains ou dégradants par le biais des « peines perpétuelles ».

⁵³⁷ Conformément aux prescriptions de l'article 52 de la CDFUE concernant l'article 4 CDFUE, et à la jurisprudence de la CourEDH.

⁵³⁸ Points 40 et 41 de l'arrêt *Radu*.

⁵³⁹ Point 39 de l'arrêt *Radu*.

Dans l'arrêt Radu, la CJUE retient ainsi que le respect des articles 47 et 48 de la Charte n'exige pas qu'une autorité judiciaire d'un État membre puisse refuser l'exécution d'un MAE émis aux fins de l'exercice de poursuites pénales au motif que la personne recherchée n'a pas été entendue par les autorités judiciaires d'émission avant sa délivrance⁵⁴⁰. Il suffit que l'individu concerné soit entendu, par après, une fois arrêté par l'Etat membre d'exécution⁵⁴¹. Cette protection est suffisante et adaptée. Une obligation d'entendre la personne recherchée avant la délivrance d'un MAE mettrait d'ailleurs en échec le système de remise efficace puisqu'un tel mandat doit bénéficier d'un certain effet de surprise afin d'éviter la fuite de la personne concernée, et, nuirait en conséquence à la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁵⁴².

Dans le cadre spécifique de l'arrêt Radu, la Cour de justice semble adopter une solution équilibrée⁵⁴³ mais l'absence d'un motif expresse ou jurisprudentiel relatif aux droits fondamentaux va néanmoins poser un réel problème aux défenseurs des droits fondamentaux puisqu'il n'a aucune réelle possibilité de faire valoir tous les droits fondamentaux consacrés par l'Union européenne. Elle pose également problème aux partisans de l'effectivité du mécanisme de remise et du droit de l'Union européenne en raison de la tentative des juridictions nationales d'élaborer un tel motif en se fondant alors sur d'autres textes que ceux du droit de l'Union européenne.

Afin de verrouiller la présomption de confiance mutuelle, la CJUE va alors ensuite écarter toute alternative s'appuyant sur un motif de non-exécution du MAE relatif au risque de violation des droits fondamentaux qui serait fondé sur le droit national dans un son arrêt *Melloni*⁵⁴⁴. Elle écarte ainsi la protection concrète ponctuelle des droits fondamentaux nationaux notamment au regard de l'importance de la présomption de confiance mutuelle.

⁵⁴⁰ Point 39 de l'arrêt *Radu*.

⁵⁴¹ Points 42 de l'arrêt *Radu*, référence aux articles 8, 13, 14, 15 et 19 de la DC MAE.

⁵⁴² Point 40 de l'arrêt *Radu*.

⁵⁴³ F. GAZIN, « La Cour circonscrit la portée du droit d'être entendu dans le cadre de l'émission d'un mandat d'arrêt européen afin d'éviter d'annihiler l'efficacité de cet instrument », *Europe* n° 3, Mars 2013, commentaire n°126.

⁵⁴⁴ CJUE (grande chambre), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministero Fiscal*. Affaire C- 399/11.

Dans une recherche continue d'efficacité⁵⁴⁵, la CJUE a d'abord adopté une interprétation stricte de l'article 4 bis de la décision-cadre⁵⁴⁶. Cette disposition harmonise alors de façon exhaustive et précise les hypothèses de non-exécution d'un MAE aux fins d'exécution des condamnations *in absentia*. C'est-à-dire quand la présomption de confiance mutuelle peut être remise en cause dans le cadre d'une demande de remise suite à un jugement par défaut. Grâce au principe de primauté⁵⁴⁷ et au principe de confiance mutuelle⁵⁴⁸, la CJUE justifie la limitation des possibilités de refus d'exécution du MAE dans le cadre des hypothèses uniformisées de l'article 4 bis⁵⁴⁹ au regard de sa conformité aux dispositions de la CDFUE⁵⁵⁰, fondements de la confiance mutuelle. Il est interdit d'aller au-delà de la protection prévue dans le cadre de l'article 4 bis. La protection offerte est considérée comme (largement)⁵⁵¹ suffisante, bien que le niveau de protection exigée par la CJUE soit équivalent à celui accordé par la CourEDH⁵⁵². Pour parvenir à une telle conclusion, la Cour de justice de l'Union européenne confronte la CDFUE à la décision-cadre mais aussi au principe de la confiance mutuelle. La CJUE confirme alors le caractère exhaustif de la liste de motifs de non-exécution inscrits dans la décision-cadre mais affirme aussi leur interprétation stricte en tant qu'exception à la présomption de confiance mutuelle.

Afin de contourner la restriction de la protection des droits fondamentaux déjà initiée dans l'arrêt *Radu*, la juridiction de renvoi avait tenté de faire valoir « *l'interprétation selon laquelle l'article 53 de la Charte autoriserait de manière générale un État membre à appliquer le standard de protection des droits fondamentaux garanti par sa Constitution lorsqu'il est plus élevé que celui qui découle de la Charte et à l'opposer, le cas échéant, à l'application de dispositions du droit de l'Union* »⁵⁵³. La juridiction de renvoi cherchait ainsi à faire reconnaître la possibilité de se fonder sur un motif de refus d'exécution relatif à la

⁵⁴⁵ Point 35 de l'arrêt *Melloni*.

⁵⁴⁶ Points 35 à 46 de l'arrêt *Melloni*.

⁵⁴⁷ Points 40 à 42 de l'arrêt *Melloni*, l'analyse de la relation du principe de primauté avec les droits fondamentaux dans l'arrêt *Melloni* fera l'objet spécifique du Chapitre 2 Section 1 1).

⁵⁴⁸ Points 37 et 38 de l'arrêt *Melloni*.

⁵⁴⁹ Points 44 de l'arrêt *Melloni*.

⁵⁵⁰ Points 47 à 54 de l'arrêt *Melloni*.

⁵⁵¹ Point 51 de l'arrêt *Melloni*.

⁵⁵² Point 50 de l'arrêt *Melloni*.

⁵⁵³ Point 56 de l'arrêt *Melloni*.

violation des droits fondamentaux protégés par la constitution nationale, autrement dit le droit national, afin de parvenir à une protection concrète des droits fondamentaux supérieure à celle nécessaire à la confiance mutuelle telle qu'envisagée par la CJUE. Ce motif serait « disponible » concernant tout droit fondamental, à chaque fois que la protection constitutionnelle serait supérieure à celle offerte par la décision-cadre et le droit de l'Union européenne. La fréquence d'application de ce type de motif aurait pu être importante vu le niveau de protection proposé par la CJUE à cette époque.

La Cour de justice a clairement indiquée qu'« *(u)ne telle interprétation de l'article 53 de la Charte ne saurait être retenue* »⁵⁵⁴ au regard des principes structurants du droit de l'Union européenne. Cette interprétation porterait notamment atteinte à la confiance mutuelle en ce qu'elle permettrait à un État membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pourtant pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution de cet État⁵⁵⁵. Cette solution dépasserait largement la recherche et la garantie d'équivalence des protections.

La Cour de justice admet que « *lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* »⁵⁵⁶. Les contraintes que la juridiction de renvoi cherchait à contourner par le moyen de la protection nationale deviennent justement les conditions même de son application. La protection de l'UE des droits fondamentaux représente d'abord une protection minimum (mais suffisante) qui s'impose aux États membres et en dessous de laquelle ils ne peuvent aller au risque de compromettre le fondement nécessaire à la présomption de confiance mutuelle. Cette première limite n'avait *a priori* à ce moment-là que peu de pertinence puisqu'aucun motif général de refus relatif aux droits fondamentaux n'existait et que, d'autre part, la juridiction de renvoi cherchait à étendre les possibilités de re-jugement au-delà de celles prévues par l'article 4 bis par l'application de son standard constitutionnel plus élevé. Cette affirmation a néanmoins le mérite de prévenir la remise en cause de la présomption de confiance mutuelle par

⁵⁵⁴ Point 57 de l'arrêt *Melloni*.

⁵⁵⁵ Point 59 de l'arrêt *Melloni*.

⁵⁵⁶ Point 60 de l'arrêt *Melloni*.

l'existence d'une protection nationale qui sera moins importante et qu'on chercherait à imposer.

Concernant la deuxième limite, les Etats membres ne disposaient pas de marge dans la mise en œuvre de l'article 4 bis de la CJUE⁵⁵⁷. « *Par conséquent, permettre à un État membre de se prévaloir de l'article 53 de la Charte (...) afin d'éviter qu'une atteinte soit portée au droit à un procès équitable et aux droits de la défense garantis par la Constitution de l'État membre d'exécution, aboutirait, en remettant en cause l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux défini par cette décision-cadre, à porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles que celle-ci tend à conforter et, partant, à compromettre l'effectivité de ladite décision-cadre* »⁵⁵⁸. Le refus lié au principe de primauté découle donc notamment du fait que le motif fondé sur la constitution porterait atteinte à l'équivalence des protections qui à la base de la présomption de confiance mutuelle. La présomption de la protection « UE » qui fonde la présomption de confiance mutuelle se rapproche finalement plus d'une protection uniforme que d'une protection équivalente des droits fondamentaux dans l'ensemble des Etats membres, du moins en matière de motif de non-exécution du MAE. Pour des raisons d'efficacité du droit de l'Union, la Cour de justice oppose donc le principe de primauté et la présomption de confiance mutuelle au principe de respect des droits fondamentaux⁵⁵⁹. La protection des droits fondamentaux « doit » rester abstraite en raison de la présomption de confiance mutuelle.

Une place plus importante des droits fondamentaux (nationaux) n'est possible que lorsque l'harmonisation est inexistante comme dans l'arrêt *Jeremy F*⁵⁶⁰. Dans cette affaire, la juridiction de renvoi questionnait la possibilité pour le droit national de prévoir un recours suspensif à l'encontre de la décision d'exécution du MAE⁵⁶¹, de la décision accordant le consentement à l'extension de ce dernier⁵⁶² ou à une remise ultérieure⁵⁶³

⁵⁵⁷ Points 61 et 62 de l'arrêt *Melloni*, la limite relative au principe de primauté sera détaillée *infra* Partie I Chapitre 2 Section 1 de la présente thèse.

⁵⁵⁸ Point 63 de l'arrêt *Melloni*.

⁵⁵⁹ L'analyse de la relation du principe de primauté avec les droits fondamentaux dans l'arrêt *Melloni* fera l'objet spécifique du Chapitre 2 Section 1 1).

⁵⁶⁰ CJUE (deuxième chambre), 30 mai 2013, *Jeremy F*. Affaire C- 168/13 PPU.

⁵⁶¹ Articles 15 et 17 DC MAE.

⁵⁶² Article 27 DC MAE.

⁵⁶³ Article 28 DC MAE.

alors qu'une telle possibilité n'était pas expressément réglementée par la décision-cadre⁵⁶⁴. Après avoir rappelé le principe de l'exécution obligatoire du MAE et l'exhaustivité des motifs de non-exécution⁵⁶⁵, la Cour de justice a reconnu qu'une telle absence de réglementation expresse laissait une marge aux Etats membres afin d'instituer ou non le recours en question⁵⁶⁶.

Dans ce contexte, cette faculté ne remet pas en cause la présomption de confiance mutuelle. Une protection déjà suffisante est accordée dans le cadre de la décision-cadre⁵⁶⁷ et celle-ci est conforme aux exigences de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵⁶⁸, équivalentes à celle de la CourEDH⁵⁶⁹. La Cour de justice s'appuie notamment sur l'article 1 paragraphe 3 de la décision-cadre pour rappeler l'obligation de respect des droits fondamentaux des Etats membres et de l'Union⁵⁷⁰. « *Une telle obligation conforte, précisément, le degré de confiance élevé entre les Etats membres et le principe de reconnaissance mutuelle sur lequel repose le mécanisme du mandat d'arrêt européen et justifie les termes du considérant 10 de la décision-cadre, selon lesquels la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen ne peut être suspendue qu'en cas de violation grave et persistante par un des Etats membres des principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, UE, constatée par le Conseil en application de l'article 7, paragraphe 1, UE, avec les conséquences prévues au paragraphe 2 de ce dernier article* »⁵⁷¹. C'est pourquoi il s'agit aussi d'une simple faculté et non d'une obligation d'appliquer les standards nationaux. Les possibilités de voies de recours fixées par la décision-cadre sont déjà suffisantes⁵⁷².

La protection nationale supérieure n'est d'ailleurs admise que parce que le principe de respect des droits fondamentaux peut être dissocié du principe de confiance mutuelle et du principe de primauté. Bien que la Cour n'ait pas explicitement rappelé les critères

⁵⁶⁴ Point 37 de l'arrêt *Jeremy F.*

⁵⁶⁵ Points 34 à 36 de l'arrêt *Jeremy F.*

⁵⁶⁶ Points 38 et 51 de l'arrêt *Jeremy F.*

⁵⁶⁷ Points 39 et 45 de l'arrêt *Jeremy F.*

⁵⁶⁸ Point 47 de l'arrêt *Jeremy F.*

⁵⁶⁹ Points 43 et 44 de l'arrêt *Jeremy F.*

⁵⁷⁰ Point 40 de l'arrêt *Jeremy F.*

⁵⁷¹ Point 49 de l'arrêt *Jeremy F.*

⁵⁷² Point 50 de l'arrêt *Jeremy F.*

posés dans l'arrêt *Melloni*⁵⁷³, ce sont effectivement ceux-ci qui vont déterminer les limites du recours suspensif dans l'arrêt *Jeremy F.* Si la possibilité existe cette fois, ces critères vont tout de même être interprétés par la CJUE afin de moduler et restreindre cette possibilité. Le critère selon lequel l'application du standard de protection national ne doit pas compromettre le niveau de protection prévu par la Charte s'assure que le niveau de protection équivalent nécessaire à la présomption de confiance mutuelle n'est pas compromis. Il est uniquement possible d'appliquer un standard national équivalent (ce qui n'aurait pas d'intérêt du point de vue du principe de respect des droits fondamentaux) ou plus élevé. En outre, le critère relatif à la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union assure que le standard de protection national plus élevé ne compromette pas les bénéfices mutuels tirés de la combinaison du principe de primauté avec la présomption de confiance mutuelle concernant l'efficacité de la coopération judiciaire pénale. En l'espèce, cela se traduit par la garantie possible d'un recours suspensif, allant au-delà des exigences de la Charte et de la protection équivalente, tant que les délais uniformisés d'adoption des décisions relatives au MAE sont respectés⁵⁷⁴.

En l'absence de motif expressément prévu par la décision-cadre, la question de la reconnaissance d'un motif jurisprudentiel de non-exécution fondé sur la violation des droits fondamentaux poursuivra la Cour de justice de l'Union européenne. Dans le 3e temps jurisprudentiel de la mise en œuvre du MAE, la CJUE a enfin accepté de reconnaître un tel motif jurisprudentiel. La CJUE l'a cependant encadré afin de préserver la présomption de confiance mutuelle⁵⁷⁵. La présomption de confiance mutuelle ne sera plus quasi-irréfragable mais d'une réfragabilité tout de même exceptionnelle.

⁵⁷³ Point 60 de l'arrêt *Melloni*.

⁵⁷⁴ Points 58 à 65 et 74 à 75 de l'arrêt *Jeremy F.*

⁵⁷⁵ À partir de l'arrêt CJUE (grande chambre), 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*. Affaires jointes C- 404/15 et C-659/15 PPU.

Section 2: La reconnaissance encadrée d'exceptions à la confiance mutuelle : la concrétisation progressive de la protection des droits fondamentaux

L'intransigeance de la Cour de justice et les lacunes de la première mise en articulation des principes de confiance mutuelle et de respect des droits fondamentaux ont largement été critiquées par la doctrine⁵⁷⁶ et les juridictions nationales des Etats membres⁵⁷⁷. En particulier, les cours constitutionnelles ou suprêmes menaçaient d'appliquer leur propres standards constitutionnels de protection⁵⁷⁸. Sous peine de voir la présomption de confiance mutuelle, la primauté du DUE et donc l'efficacité technique du MAE remises en cause, la Cour de justice n'a eu d'autre choix que d'assouplir sa jurisprudence. L'instrument de la DEE, qui n'entre en vigueur qu'en 2017⁵⁷⁹, intervient dans la lignée de ce « troisième temps jurisprudentiel » de la mise en œuvre du MAE⁵⁸⁰.

Le principe de confiance mutuelle est cette fois adapté au regard du besoin de concrétisation du principe de respect des droits fondamentaux. Tandis que la protection « abstraite/formelle » des droits fondamentaux justifient le fondement et la force de la présomption de confiance mutuelle, la protection plus « concrète » des droits fondamentaux fonde et nécessite une exception à la présomption de confiance mutuelle.

La confiance mutuelle connaît alors une dimension plus formelle, la présomption de confiance mutuelle, et une dimension plus matérielle qui implique de pouvoir la

⁵⁷⁶ Voir par exemple F. BENOÎT-ROHMER, « Les cours européennes face au défi de la confiance mutuelle », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, n°110, 1er avril 2017, pages 391 à 407. Voir aussi C. HAGUENAU-MOIZARD, « Les Bienfaits de la Défiance Mutuelle dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », in R. KOVAR (dir.), *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire : Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pages 223 à 240.

⁵⁷⁷ A. E. KOUROUTAKIS, « The Italian European Arrest Warrants for five Greeks taking part in Riots and their Rejection by the Greek Authorities », *New Journal of European Criminal Law*, volume 7/2016/03, janvier 2016, pages 295 à 301.

⁵⁷⁸ D. BRODOWSKI, « Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand: Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH : Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 – (»Identitätskontrolle«) und von EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016 – verbundene Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) », *Juristische Rundschau*; 2016(8), pages 415 à 432.

⁵⁷⁹ Article 36 de la directive DEE.

⁵⁸⁰ Conformément à l'article 36 de la directive DEE, les Etats membres avaient jusqu'au 22 mai 2017 pour prendre les dispositions nécessaires afin de se conformer à la directive. D'autre part, la directive DEE comprend un motif de refus explicite relatif à la violation des droits fondamentaux à l'article 11(1) f).

remettre en cause au nom des droits fondamentaux⁵⁸¹ afin de trouver une conciliation satisfaisante entre efficacité et validité du droit de l'Union dans le cadre de l'ELSJ et de ses instruments de coopération judiciaire en matière pénale⁵⁸². L'approche formelle de la confiance mutuelle est complétée par l'approche plus matérielle. Dans le cadre des instruments de reconnaissance mutuelle, la dimension matérielle de la confiance mutuelle est en particulier intégrée dans le domaine des motifs de non-reconnaissance et non-exécution du MAE ou de la DEE. Dans sa dimension plus matérielle, la confiance mutuelle est ainsi dotée d'un contenu plus concret, qui peut être éprouvé. Dans un esprit de compromis où les préoccupations d'efficacité restent tout de même prégnantes, la protection concrète des droits fondamentaux de l'UE est tout de même moins étendue que la protection abstraite des droits fondamentaux qui sert de fondement à la présomption de confiance mutuelle. En conséquence, la confiance mutuelle matérielle, elle aussi, dispose d'un champ moins étendu que celui de la confiance mutuelle formelle.

La CJUE a adopté cette nouvelle solution dans ses arrêts *Aranyosi*⁵⁸³, *LM*⁵⁸⁴, *ML*⁵⁸⁵, *Dorobantu*⁵⁸⁶ et *L et P*⁵⁸⁷ où elle y a développé un motif jurisprudentiel de non-exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux⁵⁸⁸. Ces arrêts illustrent les 3e temps et 3e temps bis de la jurisprudence de la Cour de justice sur la mise en œuvre du MAE⁵⁸⁹. En parallèle, la directive relative à la DEE admet textuellement la réfragabilité de la

⁵⁸¹ Voir aussi A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Oxford, Bloomsbury Publishing and Hart Publishing, Coll. Hart Studies in European Criminal Law, 2020, 352 pages.

⁵⁸² G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'union européenne ; contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation aux décisions de justice*, Paris, Institut Universitaire Varenne, Coll. Thèses n°50, 2011, pages 66 et suivantes.

⁵⁸³ CJUE (grande chambre), 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldărăru*. Affaires jointes C-404/15 et C-659/15 PPU. Ci-après l'« arrêt *Aranyosi* ».

⁵⁸⁴ CJUE (grande chambre), 25 juillet 2018, *LM*. Affaire C-216/18 PPU. Ci-après « l'arrêt *LM* ».

⁵⁸⁵ CJUE (première chambre), 25 juillet 2018, *ML*. Affaire C-220/18 PPU. Ci-après « l'arrêt *ML* ».

⁵⁸⁶ CJUE (grande chambre), 15 octobre 2019, *Dumitru-Tudor Dorobantu*. Affaire C-128/18. Ci-après « l'arrêt *Dorobantu* ».

⁵⁸⁷ CJUE (grande chambre), 17 décembre 2020, *L et P*. Affaires jointes C-354/20 PPU et C-412/20 PPU. Ci-après « l'arrêt *L et P* ».

⁵⁸⁸ La critique relative aux difficultés que soulève cette méthodologie « *Aranyosi* » mérite une attention spécifique et fera l'objet d'une étude séparée *infra*. Il en sera de même concernant l'articulation du principe de primauté avec celui de respect des droits fondamentaux dans le cadre de cette jurisprudence.

⁵⁸⁹ Voir *supra*.

présomption de confiance mutuelle qui fondent son mécanisme⁵⁹⁰. L'article 11, paragraphe 1, sous f) de la directive reconnaît donc un motif de non-exécution facultatif de la DEE lié à la violation des droits fondamentaux. La jurisprudence de la CJUE en matière de MAE devrait en principe inspirer sa mise en œuvre. La large formulation de la disposition et l'absence actuelle de jurisprudence spécifique à ce sujet laissent néanmoins place à l'incertitude⁵⁹¹. La question de l'influence réciproque des deux instruments sur l'usage de ces motifs reste ouverte⁵⁹².

Par ce motif de non-exécution, la CJUE ne remet pas en cause les principes même de fonctionnement de la coopération judiciaire pénale⁵⁹³. Le principe de confiance mutuelle et la technique de la reconnaissance mutuelle restent d'une « importance fondamentale », pour l'Union européenne⁵⁹⁴ ou plus particulièrement dans l'ELSJ⁵⁹⁵ et le MAE⁵⁹⁶. Le système de remise doit resté simplifié et efficace⁵⁹⁷ afin de faciliter et accélérer la coopération judiciaire pénale dans l'ELSJ⁵⁹⁸. Il demeure inséparable d'un degré de confiance élevé qui *doit* exister entre les Etats membres⁵⁹⁹. Par conséquent,

⁵⁹⁰ Considérant (19) de la directive DEE.

⁵⁹¹ Cet élément sera critiqué plus en avant dans le cadre de la critique générale de la méthodologie « *Aranyosi* » Partie 2 chapitre 1 sous-partie A de la présente thèse.

⁵⁹² Voir développement critique *infra* Partie II de la présente thèse.

⁵⁹³ Point 75 de l'arrêt *Aranyosi* ; dans l'arrêt *ML et Dorobantu*, cette partie fait même l'objet d' « *Observation liminaires* ».

⁵⁹⁴ Point 78 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 49 de l'arrêt *ML* ; point 46 de l'arrêt *Dorobantu* ; point 36 de l'arrêt *LM* ; point 35 de l'arrêt *L et P* : « *étant donné qu'ils permettent la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures* ».

⁵⁹⁵ Point 78 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 49 de l'arrêt *ML* ; point 46 de l'arrêt *Dorobantu* ; point 36 de l'arrêt *LM* ; point 35 de l'arrêt *L et P* : « *le principe de confiance mutuelle impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces Etats de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres Etats membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit* » c'est-à-dire la présomption de confiance mutuelle fondée sur le respect présumé des droits fondamentaux UE.

⁵⁹⁶ Points 77 et 79 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 51 de l'arrêt *ML* ; point 48 de l'arrêt *Dorobantu* ; point 36 de l'arrêt *L et P* : la technique de la reconnaissance mutuelle, est la « *Pierre angulaire* » de la coopération judiciaire en matière pénale.

⁵⁹⁷ Point 76 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 53 de l'arrêt *ML* ; point 40 de l'arrêt *LM*.

- Sur la judiciarisation : point 75 de l'arrêt *Aranyosi*, la CJUE fait référence à l'article 1(1) DC MAE ; point 52 de l'arrêt *ML* ; mise en avant au point 39 de l'arrêt *LM* ; en combinaison avec l'article 6(1) DC MAE au point 38 de l'arrêt *L et P*.

- Sur la technique de reconnaissance mutuelle : point 75 de l'arrêt *Aranyosi*, la CJUE fait référence à l'article 1(2) DC MAE ; point 52 de l'arrêt *ML* ; point 48 de l'arrêt *Dorobantu* ; point 39 de l'arrêt *LM*.

⁵⁹⁸ Point 76 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 53 de l'arrêt *ML* ; point 40 de l'arrêt *LM*.

⁵⁹⁹ Point 76 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 53 de l'arrêt *ML* ; point 40 de l'arrêt *LM*.

l'exécution du mandat d'arrêt européen demeure le principe et le refus d'exécution, une exception à interpréter strictement⁶⁰⁰. Il est dès lors normal de limiter les hypothèses de remise en cause de la reconnaissance mutuelle et de la confiance mutuelle formelle.

Les Etats membres ne peuvent ainsi, en principe et en général, ni exiger d'un autre Etat membre un niveau de protection des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, ni vérifier si cet autre Etat membre a effectivement respecté les droits fondamentaux garantis par l'Union dans un cas concret⁶⁰¹. La Cour a cependant admis que de nouvelles⁶⁰² limitations à la présomption de confiance mutuelle puissent être apportées et conduire à un contrôle du respect des droits fondamentaux « *dans des circonstances exceptionnelles* »⁶⁰³.

Dans le cadre de la mise en œuvre du MAE, la Cour de justice a ainsi créé un motif *jurisprudentiel* de non-exécution obligatoire relatif aux droits fondamentaux sur le fondement de l'article 1(3) de la décision-cadre **(1)**. La concrétisation de la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'exception à l'obligation de reconnaissance et d'exécution du MAE et à la présomption de confiance mutuelle apparaît comme la dernière étape de la « maturation » progressive de cet instrument. Afin d'en faire une exception strictement interprétée en mesure de concrétiser l'obligation générale de respect des droits fondamentaux, la CJUE va combiner cet article avec (uniquement ?) certains droits fondamentaux de la CDFUE.

La CJUE va ensuite élaborer une méthodologie spécifique afin de conditionner l'application de ce motif en vue d'en faire une « vraie » exception. Ce motif est ainsi assuré de rester exceptionnellement et ponctuellement applicable **(2)**. Les conditions d'application de ce nouveau motif de refus permettent par la même de préciser les

⁶⁰⁰ Point 54 de l'arrêt *ML* ; point 48 de l'arrêt *Dorobantu* ; point 41 de l'arrêt *LM* ; points 36 et 37 de l'arrêt *L et P*.

⁶⁰¹ Point 50 de l'arrêt *ML* ; point 47 de l'arrêt *Dorobantu* ; point 37 de l'arrêt *LM*. Cette précision constitue la nouveauté et intègre l'idée d'une articulation entre principe et exception à la confiance mutuelle.

⁶⁰² En principe, les autorités judiciaires d'exécution ne peuvent ponctuellement refuser l'exécution d'un MAE que dans les cas exhaustivement énumérés de non-exécution : point 80 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 55 de l'arrêt *ML* et point 48 de l'arrêt *Dorobantu* ; point 42 de l'arrêt *LM* ; et subordonner l'exécution qu'à l'une des conditions limitativement prévues à l'article 5 par la DC MAE : point 41 de l'arrêt *LM* ; point 37 de l'arrêt *L et P*. De même, la mise en œuvre du mécanisme du MAE « *en tant que tel* » ne peut qu'être suspendue qu'en conformité avec la procédure prévue à l'article 7 paragraphe 2 et 3 du TUE, à laquelle renvoie le considérant (10) de la décision-cadre : point 81 de l'arrêt *Aranyosi* ; points 70 à 72 de l'arrêt *LM*.

⁶⁰³ La première consécration est observée au point 82 de l'arrêt *Aranyosi*, puis au point 56 de l'arrêt *ML* ; le caractère « autre » est précisé au point 49 de l'arrêt *Dorobantu* et au point 43 de l'arrêt *LM*.

exigences relatives aux droits fondamentaux tout en respectant les caractéristiques d'un fonctionnement efficace du MAE. L'introduction d'un motif de non-exécution fondé sur la violation des droits fondamentaux ne devrait donc pas fragiliser la confiance mutuelle mais au contraire lui donner plus de relief, y compris et surtout à plus longs termes.

1) La concrétisation limitée de l'obligation générale du respect des droits fondamentaux : un motif de non-exécution relatif à certains droits fondamentaux de l'Union

L'article 1(3) de la DC MAE dispose que « *(l)la présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne*⁶⁰⁴ ». Cet article rappelle avant tout la présomption et l'obligation générale de respect des droits fondamentaux. Faute de disposition explicite de la DC MAE, c'est aussi sur le fondement de cet article que la CJUE reconnaîtra un motif de refus d'exécution *jurisprudenciel* du MAE. Une partie de la doctrine estimait pourtant cette disposition trop générale et imprécise pour fonder un tel motif et la CJUE s'était longtemps refusée à l'utiliser.

Le motif explicite de non-exécution prévu par la directive DEE prévoit néanmoins de façon assez similaire que « *la reconnaissance ou l'exécution d'une décision d'enquête européenne peut être refusée dans l'État d'exécution (...) lorsque il existe des motifs sérieux de croire que l'exécution de la mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne serait incompatible avec les obligations de l'État d'exécution conformément à l'article 6 du traité sur l'Union européenne et à la charte* ». Ainsi, une telle généralité n'a pas semblé arrêter le législateur de l'Union européenne, passant du « rien » du MAE au « tout » dans le cadre de la DEE.

La solution trouvée par la CJUE a été de combiner l'article 1(3) de la DC MAE avec des dispositions spécifiques et plus précises de la Charte des droits fondamentaux. Cette approche a été inspirée et contrainte par les juridictions nationales⁶⁰⁵. La CJUE a ainsi recherché des solutions juridiques à des problèmes politiques par le renforcement du cadre juridique structurant de l'espace pénal⁶⁰⁶. La concrétisation de la protection des droits fondamentaux et la matérialisation de la confiance mutuelle passent par une prise en considération des besoins pratiques de la coopération judiciaire pénale au regard

⁶⁰⁴ Notons qu'il s'agit *a priori* de l'ex-article 6 TUE, aujourd'hui article 2 TUE.

⁶⁰⁵ Que ce soit en conformité ou en réaction à celles-ci.

⁶⁰⁶ G. TAUPIAC-NOUVEL, « Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/28/informations-generales/derniers-developpements-concernant-le-mandat-darret-europeen-la-cour-de-justice-au-secours-de-la-construction-repressive-europeenne/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

d'enjeux contextuels et structurels par la CJUE. La jurisprudence de la CJUE ne vise actuellement pas l'ensemble des droits fondamentaux. Le choix des fondements conduit à une concrétisation ponctuelle, ciblée des droits fondamentaux de l'Union européenne et à une élaboration progressive de la dimension plus matérielle de la confiance mutuelle.

La CJUE va ainsi d'abord combiner l'article 1(3) de la DC MAE avec l'article 4 de la CDFUE afin d'inaugurer un motif de non-exécution du MAE visant la protection concrète d'un droit individuel absolu **(a)**. La Cour de justice élargira ensuite plus volontairement⁶⁰⁷ le champ d'application de son motif de non-exécution en combinant l'article 1(3) de la DC MAE avec l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE. Elle concrétise ainsi le contenu essentiel d'un droit procédural et intègre dans sa réflexion les exigences structurelles essentielles de l'état de droit **(b)**.

⁶⁰⁷ H. LABAYLE, « Winter is coming : la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'Etat de droit », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/09/26/informations-generales/winter-is-coming-la-hongrie-la-pologne-lunion-europeenne-et-les-valeurs-de-letat-de-droit-deuxieme-partie/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

a) La concrétisation de l'interdiction absolue des traitements inhumains ou dégradants et de la torture de l'article 4 CDFUE

La Cour de justice inaugure la création d'un motif jurisprudentiel de non-exécution du MAE relatif à la violation des droits fondamentaux dans son arrêt *Aranyosi et Căldăraru* du 5 avril 2016⁶⁰⁸. Elle se fonde sur l'article 1(3) de la DC MAE, en combinaison avec l'article 4 de la CDFUE, qui interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Elle précisera ensuite sa jurisprudence dans ses arrêts *ML*⁶⁰⁹ et *Dorobantu*⁶¹⁰.

L'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution *doit* refuser l'exécution d'un MAE sur le fondement de l'article 1(3) DC MAE et les « *droits fondamentaux garanti par le droit de l'Union et, en particulier, de l'article 4 de la Charte* », en cas de risque réel de traitement inhumain ou dégradant de la personne à remettre au regard des conditions de détention dans l'État membre d'émission⁶¹¹.

La création d'un motif de refus sur le fondement des articles 1(3) DC MAE et 4 CDFUE répond d'abord à la Cour constitutionnelle allemande. Elle avait notamment envoyé un signal fort dans une ordonnance du 15 décembre 2015⁶¹² en acceptant le refus d'exécution d'un MAE faute de protection effective et suffisante des droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle s'était fondée sur le droit à la dignité humaine inscrit dans sa Loi fondamentale⁶¹³ dans le cadre de son contrôle du respect de l'identité constitutionnelle⁶¹⁴. Elle avait, de fait, questionné le caractère absolu de la confiance mutuelle proclamé jusqu'alors par la CJUE.

⁶⁰⁸ CJUE (grande chambre), 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*. Affaires jointes C-404/15 et C-659/15 PPU.

⁶⁰⁹ CJUE (première chambre), 25 juillet 2018, *ML*. Affaire C-220/18 PPU.

⁶¹⁰ CJUE (grande chambre), 15 octobre 2019, *Dumitru-Tudor Dorobantu*. Affaire C-128/18.

⁶¹¹ Point 88 de l'arrêt *LM*.

⁶¹² BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14.

⁶¹³ Article 1 de la Loi fondamentale allemande : « *Das Bundesverfassungsgericht gewährleistet im Wege der Identitätskontrolle den gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 GG unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz uneingeschränkt und im Einzelfall* ».

⁶¹⁴ C. SAAS et T. WEIGEND « Chronique de droit pénal constitutionnel allemand », *RSC*, 2016, pages 831 à 844.

Ensuite, la procédure allemande de reconnaissance et d'exécution des MAE prévoit une clause de sauvegarde, non prévue dans le texte de la DC MAE. L'article 73 de l'IRG⁶¹⁵ dispose qu'« (e)n cas de demande (de remise), l'entraide judiciaire est illicite si elle contrevient aux principes énoncés à l'article 6 TUE ». Cette clause permet potentiellement aux autorités judiciaires d'exécution allemandes d'appliquer un motif de refus national non prévu par le droit de l'Union, notamment par la jurisprudence de la CJUE. Dans le cas d'espèce, des craintes avaient été formulées au regard de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants en raison des conditions générales de détentions déplorables dans de nombreux établissements pénitenciers des deux Etats membres d'émission. La juridiction de renvoi avait estimé, qu'en cas de remise, M. Aranyosi et M. Căldăraru qui faisaient l'objet des MAE, seraient certainement soumis à des conditions de détention violant l'article 3 de la CEDH et les droits et principes fondamentaux consacrés à l'article 6 TUE. Il y avait alors normalement lieu de déclarer les remises illicites⁶¹⁶.

Si la CJUE ne se saisissait pas de la question de la protection concrète des droits fondamentaux par le DUE, la juridiction allemande appliquerait alors l'article 73 IRG et l'article 3 CEDH pour refuser unilatéralement son exécution. Elle remettrait ainsi en cause la présomption de confiance mutuelle⁶¹⁷ par l'application d'un « motif de non-exécution » fondé sur son droit national. En d'autres termes, si la protection des droits fondamentaux de l'Union n'offrait pas les moyens d'une exception à la présomption de confiance mutuelle, la juridiction allemande créerait elle-même cette possibilité grâce aux autres sources de protection sur lesquelles la CJUE n'a pas prise. La juridiction de renvoi avait déjà une opinion ferme et motivée quant à la violation des droits fondamentaux et ses conséquences sur la mise en œuvre du MAE⁶¹⁸. L'objectif était alors de contenir ses revendications par la reconnaissance d'un motif de non-exécution du MAE sur lequel la

⁶¹⁵ Points 42 et 59 de l'arrêt *Aranyosi*.

La juridiction de renvoi allemande va également faire référence à cette disposition dans l'arrêt *ML*.

⁶¹⁶ Point 62 de l'arrêt *Aranyosi*.

⁶¹⁷ H. BANG FULSANG MADSEN SORENSEN, « Mutual trust – blind trust or general trust with exceptions? The CJEU hears key cases on the European Arrest Warrant », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/mutual-trust-blind-trust-or-general.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019 : Les auteurs envisagent même une situation dans laquelle le refus aurait pu être de principe face à certains Etats membres.

⁶¹⁸ H. BANG FULSANG MADSEN SORENSEN, « Mutual trust – blind trust or general trust with exceptions? The CJEU hears key cases on the European Arrest Warrant », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/mutual-trust-blind-trust-or-general.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

CJUE avait la maîtrise, afin de développer une conception viable de la confiance mutuelle au regard des enjeux d'efficacité et de protection des droits fondamentaux.

Afin de ne pas se contredire par rapport à sa jurisprudence antérieure quant au caractère exhaustif des motifs de refus explicitement reconnus par la DC⁶¹⁹, la CJUE reconnaît « *que d'autres limitations aux principes de reconnaissance et de confiance mutuelles entre Etats membres puissent être apportées* » dans des circonstances exceptionnelles⁶²⁰ sur le fondement de l'article 1(3) DC MAE. Les circonstances exceptionnelles liées aux droits fondamentaux justifieront d'abord un motif de report⁶²¹ avant de conduire à une possibilité de refus⁶²². Les droits fondamentaux semblent ainsi constituer un motif de non-exécution *encore plus exceptionnel* que les motifs de non-exécution répertoriés par la décision-cadre⁶²³. Grâce à la théorie des circonstances exceptionnelles, la Cour de justice n'envisage plus une confiance mutuelle aveugle mais une "confiance mutuelle générale" qui connaît des exceptions limitées⁶²⁴.

L'article 1(3) n'est plus uniquement envisagé comme un rappel de l'obligation générale de respect des droits fondamentaux mais devient potentiellement une prescription⁶²⁵. La CJUE a dû trancher si l'article 1(3) de la décision-cadre fondait un *motif de refus d'exécution* du MAE ou bien se traduirait sous la forme d'une *garantie*

⁶¹⁹ Points 80 et 82 de l'arrêt *Aranyosi*, la CJUE cherche à montrer qu'elle s'inscrit dans une continuité lorsqu'elle énonce de manière générale et en s'appuyant paradoxalement sur son avis 2/13 qu'« *Il n'en reste pas moins que, d'une part, la Cour a admis que des limitations aux principes de reconnaissance et de confiance mutuelles entre Etats membres puissent être apportées* » dans des circonstances exceptionnelles » ; points 41 et 42 de l'arrêt *LM*.

Voir aussi S. PEERS, « Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper? », EU Law Analysis blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019. En vérité, il s'agit d'une nouveauté en matière de confiance mutuelle mais d'une continuité du point de vue de l'autonomie et de la primauté du DUE.

⁶²⁰ La première consécration est observée au point 82 de l'arrêt *Aranyosi*, le caractère « autre » est précisé au point 49 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁶²¹ Point 98 de l'arrêt *Aranyosi*, absence de précision dans l'arrêt *LM*.

⁶²² Point 88 et confirmation point 104, dernière phrase de l'arrêt *Aranyosi*; point 59 et confirmation points 78, 79 de l'arrêt *LM*.

⁶²³ Insistance mise en valeur point 59 de l'arrêt *LM*.

⁶²⁴ H. BANG FULSANG MADSEN SORENSEN, « Mutual trust – blind trust or general trust with exceptions? The CJEU hears key cases on the European Arrest Warrant », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/mutual-trust-blind-trust-or-general.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

⁶²⁵ Point 83 de l'arrêt *Aranyosi*, point 58 de l'arrêt *ML*.

permettant de subordonner la remise à la possibilité de vérifier la conformité des conditions de détention aux droits fondamentaux⁶²⁶. Le motif exceptionnel de refus d'exécution du MAE, en tant qu'élément de mise en cause plus ponctuel et précis, participe à la protection spécifique, adaptée des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶²⁷. En raison de la nature du motif de refus, l'application de l'article 1(3) de la décision-cadre permettra une protection concrète mais restreinte.

La Cour de justice se fonde donc, en accord avec la proposition allemande⁶²⁸, sur l'article 1(3), de la décision-cadre. Cette disposition est cependant à elle seule à la fois trop large et trop générale pour faire en sorte que le motif reconnu s'applique effectivement et de façon encadrée, exceptionnelle. Si on se réfère au traité en vigueur au moment de la rédaction de la DC MAE, l'article 1(3) DC MAE renvoie donc en principe à l'ex-article 6 TUE, donc l'actuel article 2 TUE. L'ex-article 6 TUE/2 TUE renvoie lui-même à l'ensemble des valeurs de l'Union, dont le respect des droits fondamentaux. L'article 1(3) DC MAE ne précise pas lui non plus à quels droits fondamentaux il est exactement renvoyé ni leurs sources. Même s'il s'agissait tout de même d'un renvoi à l'article 6 TUE, le problème ne serait pas différent puisqu'il s'agit également d'une disposition « passerelle ». Le seul fondement de l'article 1(3) DC MAE rendrait le motif très facilement invocable ou pas assez. Le manque de précision et de clarté est un élément supplémentaire conduisant à la combinaison de l'article 1(3) DC MAE avec une disposition plus précise. Prendre une norme abstraite pour fonder une exception concrète à la présomption de confiance mutuelle et viser une protection plus concrète des droits fondamentaux semble assez paradoxal.

La CJUE combine alors « *l'obligation (générale) de respecter les droits fondamentaux* »⁶²⁹ avec l'interdiction de la torture, des peines et des traitements

⁶²⁶ Point 74 de l'arrêt *Aranyosi* : « *Par ses questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1, paragraphe 3, de la décision-cadre doit être interprété en ce sens que, en présence d'éléments sérieux témoignant d'une incompatibilité des conditions de détention dans l'État membre d'émission avec les droits fondamentaux, en particulier avec l'article 4 de la Charte, l'autorité judiciaire d'exécution peut ou doit refuser l'exécution du mandat d'arrêt européen émis à l'encontre d'une personne aux fins de l'exercice de poursuites pénales ou de l'exécution d'une peine privative de liberté, ou si elle peut ou doit subordonner la remise de cette personne à l'obtention de l'État membre d'émission d'informations lui permettant de s'assurer de la conformité de ces conditions de détention aux droits fondamentaux* ».

⁶²⁷ Cet aspect sera développé *infra* dans le Chapitre traitant de l'articulation du principe de primauté avec le principe de respect des droits fondamentaux.

⁶²⁸ La juridiction allemande offrait à la CJUE une piste à la reconnaissance d'un motif implicite de non-exécution du MAE par le droit de l'Union en se référant à l'article 1(3) de la décision-cadre.

⁶²⁹ Point 83 de l'arrêt *Aranyosi*.

inhumains ou dégradants de l'article 4 de la CDFUE⁶³⁰. Ainsi, c'est « à l'aune du standard de protection des droits fondamentaux garanti par le droit de l'Union et, en particulier, de l'article 4 de la Charte, (que) l'exécution d'un tel mandat ne saurait conduire à un traitement inhumain ou dégradant de cette personne »⁶³¹.

La CJUE va ainsi reconnaître un motif de refus, une nouvelle exception à l'exécution du MAE, au regard de la CDFUE. L'utilisation de la charte permet de concrétiser efficacement et effectivement le principe et l'obligation générale de respect des droits fondamentaux. Du point de vue de l'efficacité, la CJUE pose un parallélisme (restreint) entre fondements et exceptions à la confiance mutuelle. Seuls les droits fondamentaux de l'Union de la CDFUE sont directement utilisés, aucune autre source. Les droits fondamentaux de la CDFUE seront le fondement du principe de la confiance mutuelle et de ses limites. Autrement, les droits fondamentaux qui justifient les exceptions à la confiance mutuelle pourraient *in fine* être plus larges que ceux qui sous-tendent la présomption de confiance mutuelle.

L'application d'un standard de protection autonome de l'Union est facilement justifiable dans le cadre de la mise en œuvre du MAE au regard du champs d'application de la Charte. La combinaison avec l'article 1(3) DC et la protection concrète du droit consacré à l'article 4 de la CDFUE est possible puisque la CDFUE est applicable dans son ensemble. Conformément à l'article 51(1) de la Charte, l'article 4 de la CDFUE s'impose aux juridictions des Etats membres lorsqu'elles mettent en œuvre le droit de l'Union, ce qui est le cas lorsque l'autorité judiciaire d'émission et l'autorité judiciaire d'exécution appliquent les dispositions nationales adoptées en exécution de la décision-cadre⁶³². Le champ d'application des droits fondamentaux de la Charte, bien que théoriquement restreint, ne devrait donc pas poser grande difficulté. Il devrait en être de même lorsque l'autorité judiciaire d'émission et l'autorité judiciaire d'exécution appliquent les dispositions nationales adoptées en exécution de la directive DEE.

Il est ainsi possible de passer d'une obligation générale et abstraite de respect et de protection des droits fondamentaux contenu dans un texte de droit dérivé, non spécifique aux droits fondamentaux, à une protection spécifique et concrète d'un droit

⁶³⁰ Point 84 de l'arrêt *Aranyosi*.

⁶³¹ Point 88 de l'arrêt *Aranyosi*.

⁶³² Point 84 de l'arrêt *Aranyosi*.

fondamental individuel du droit de l'Union consacrée par un texte spécifique de droit primaire. Outre le fondement de l'article 1(3) DC MAE, la CJUE élabore un motif de refus « UE » également par la source du standard des droits fondamentaux. La combinaison de l'article 1(3) DC MAE avec les droits fondamentaux de l'Union européenne compris dans les dispositions de la Charte renforce donc l'autonomie de la confiance mutuelle prise dans sa globalité. L'emploi de l'article 4 CDFUE est aussi un moyen pour la CJUE de « remplacer » l'article 3 de la CEDH invoqué par la juridiction de renvoi allemande. Cela lui permettra de maîtriser le sens et la portée de l'article 4 de la CDFUE, et par extension l'étendue de la protection concrète des droits fondamentaux de l'Union européenne et la facilité plus ou moins grande à renverser la présomption de confiance mutuelle.

La protection concrète de l'article 4 de la CDFUE est en outre particulièrement justifiée au regard de son importance fondamentale. La CJUE utilise l'importance spécifique du droit concerné afin de justifier sa protection ciblée, concrète et effective mais aussi pour potentiellement poser une limite à la protection concrète des droits fondamentaux de l'Union européenne en général. Si en théorie tous les droits doivent être protégés, la CJUE va contrôler avec quels droits fondamentaux l'article 1(3) de la décision-cadre peut être combiné en pratique. La tendance à une extension ou une restriction sera un sujet important à l'avenir⁶³³.

La combinaison de l'article 1(3) DC MAE avec l'article 4 CEDUE est particulièrement argumentée au regard de l'importance particulière de l'interdiction de la torture et des peines ou traitement inhumains ou dégradants. Le caractère absolu de cette interdiction et son lien étroit avec le respect de la dignité humaine visée à l'article 1 de la Charte sont ainsi largement mis en avant⁶³⁴. Cette insistance sur l'importance particulière de l'interdiction pourrait indiquer que la remise en cause exceptionnelle de la confiance mutuelle est fondée sur un droit tout aussi « exceptionnel ». Le caractère obligatoire et préventif du motif de refus est motivé par l'importance de l'interdiction. La protection concrète du droit consacré à l'article 4 de la CDFUE est donc en conséquence admise et nécessaire, y compris pour renforcer la confiance mutuelle.

⁶³³ Voir *infra* Partie II Chapitre 1 Section 2.

⁶³⁴ Point 85 de l'arrêt *Aranyosi*.

Les droits protégés par les articles 1 et 4 de la Charte visent à protéger la dignité humaine, l'une des valeurs fondamentales communes de l'Union prévue à l'article 2 du TUE⁶³⁵. Cette mise en lien entre valeurs de l'Union et droits fondamentaux est particulièrement importante dans le contexte de « crise des valeurs » survenu au moment des arrêts *ML* et *Dorobantu*. Par sa référence à la dignité humaine, la CJUE répond aussi aux préoccupations soulevées par la Cour constitutionnelle allemande⁶³⁶.

La CJUE reconnaît que l'enjeu de protection des droits fondamentaux dépasse la seule coopération judiciaire pénale et l'utilise cet aspect pour imposer le renforcement de son rôle en tant que cour protectrice des droits fondamentaux et des valeurs de l'Union⁶³⁷. Les valeurs de l'Union sont ainsi intégrées dans la prémisse sur laquelle repose la confiance mutuelle⁶³⁸ même si l'expression concrète de cette confiance mutuelle reste liée aux droits fondamentaux des individus reconnus par le droit de l'Union. En l'espèce, elle impose, dans le cadre des circonstances exceptionnelles⁶³⁹, le risque de violation d'un droit fondamental individuel⁶⁴⁰. En liant la dignité humaine à l'article 4 CDFUE et l'article 1 CDFUE, la CJUE concrétise l'une des valeurs de l'article 2 TUE et donne, en attestant du lien entre les valeurs de l'Union et les droits fondamentaux, une importance supplémentaire au droit fondamental protégé par l'article 4 de la CDFUE. Cela pourrait éventuellement permettre d'intégrer les autres valeurs communes de l'UE dans la dimension matérielle de la confiance mutuelle par la suite et de soutenir de nouvelles combinaisons de l'article 1(3) DC MAE avec d'autres droits individuels⁶⁴¹. La confiance mutuelle, que ce soit dans le cadre de la présomption ou dans celui relatif à ses limites, en est renforcée.

⁶³⁵ Point 87 de l'arrêt *Aranyosi*. C'est notamment pourquoi, en plus de la jurisprudence *LM* du même jour, quelle CJUE estime au point 58 de l'arrêt *ML* que le fondement s'appuie « d'une part, sur l'article 1er, paragraphe 3, de cette décision-cadre (...) et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés aux articles 2 et 6 TUE et, d'autre part, sur le caractère absolu du droit fondamental garanti par l'article 4 de la Charte ».

⁶³⁶ M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue n°1, 2019, pages 17 à 48.

⁶³⁷ Cela s'avéra encore plus vrai dans le cadre de l'affaire *LM*.

⁶³⁸ Point 48 de l'arrêt *ML*.

⁶³⁹ Point 49 de l'arrêt *ML*.

⁶⁴⁰ En comparaison au droit procédural de l'article 47 alinéa 2 CDFUE dans l'arrêt *LM*, mis en lien avec la valeur de l'état de droit. Nous y viendrons.

⁶⁴¹ Voir *infra*.

L'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et de la torture est absolue. Le caractère absolu de l'interdiction est confirmé par l'article 3 de la CEDH, auquel l'article 4 de la Charte correspond⁶⁴². Si la CJUE n'utilise pas la CEDH en tant que source formelle de l'exception à la présomption de confiance mutuelle, elle n'hésite pas à faire directement référence à celle-ci et à la jurisprudence de la CourEDH afin de servir son argumentation.

En tant que standard absolu découlant de la CEDH, celui-ci représente le niveau de protection minimum à fournir en-dessous duquel le droit de l'Union ne peut aller⁶⁴³. En tant que fondement d'un motif de non-exécution, ce standard justifie concrètement une protection exceptionnelle car exceptionnellement importante malgré la présomption de confiance mutuelle. En effet, il ressort de l'article 15(2) de la CEDH, qu'aucune dérogation n'est possible⁶⁴⁴, peu importe les circonstances de l'affaire, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ou le crime organisé, et quel que soit le comportement de la personne concernée⁶⁴⁵. En conséquence, la violation de l'interdiction des traitements inhumain ou dégradants ne peut être mise en balance avec des considérations liées à l'efficacité de la coopération judiciaire en matière pénale ou au principe de confiance mutuelle et à la reconnaissance mutuelle⁶⁴⁶. La protection concrète des droits fondamentaux de l'Union se rapproche ici substantiellement de celle de la CEDH de par son sens et sa portée conformément à l'article 52 de la Charte. Le rapprochement opéré entre les article 3 CEDH et 4 CDFUE participe à la reconnaissance d'un motif de refus exceptionnel concret. En effet, la CJUE ne peut pas en principe se permettre de proposer une protection moindre que celle offerte par le système de la Convention. Le caractère absolu de la prohibition des traitements inhumains ou dégradants, au sens de l'article 4 de la Charte, justifie une exception et une exception obligatoire, aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles⁶⁴⁷.

Dans le cadre de la protection de l'article 4 CDFUE, lorsque l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution dispose d'éléments attestant d'un risque réel de traitements

⁶⁴² Point 86 de l'arrêt *Aranyosi*.

⁶⁴³ Article 52(3) de la CDFUE.

⁶⁴⁴ Point 86 de l'arrêt *Aranyosi*.

⁶⁴⁵ Point 87 de l'arrêt *Aranyosi*, référence à l'arrêt de la CEDH (grande chambre), 28 septembre 2015, *Bouyid c. Belgique*, (Requête n°23380/09), § 81 et jurisprudence citée.

⁶⁴⁶ Question reprise au point 82 et possibilité réfutée au point 84 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁶⁴⁷ Point 83 de l'arrêt *Dorobantu*.

inhumains ou dégradants des personnes détenues dans l'État membre d'émission, cette autorité *doit* alors contrôler l'existence de ce risque lorsqu'elle décide de la remise aux autorités de l'État membre d'émission⁶⁴⁸. Il s'agit d'une extension ponctuelle et exceptionnelle du « contrôle suffisant » et concret, relative aux droits fondamentaux. Ce contrôle doit confirmer ou infirmer le risque en question. Le contrôle de l'autorité judiciaire d'exécution alors exceptionnellement étendu peut conduire à un refus d'exécuter le MAE puisque « *l'exécution d'un tel mandat ne saurait conduire à un traitement inhumain ou dégradant de cette personne* »⁶⁴⁹.

La CJUE ne limite pas officiellement à la seule combinaison de l'article 1(3) DC MAE avec l'article 4 de la CDFUE⁶⁵⁰. Le droit à la vie, autre rare droit individuel absolu et protégé à l'article 2 de la CDFUE, pourrait alors par exemple être concerné⁶⁵¹. Reste à déterminer quel est le « degré d'importance minimum » exigé concernant les autres droits fondamentaux. La CJUE a déjà refusé d'étendre sa jurisprudence *Aranyosi* à l'intérêt supérieur de l'enfant en combinant l'article 1(3) de la DC avec l'article 24(2) de la CDFUE⁶⁵² dans son arrêt *Piotrowski*⁶⁵³ mais a au contraire accepté la combinaison de l'article 1(3) DC MAE avec l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE dans l'arrêt *LM*⁶⁵⁴. Les caractéristiques de la protection concrète mise en place permette à la CJUE de délimiter celle-ci par rapport aux circonstances de l'affaire.

La CJUE pourrait, dans le futur, imposer la même approche à la mise en œuvre de l'article 11, paragraphe 1 sous f) de la directive DEE et faire le choix d'une combinaison de cet article avec une disposition de la CDFUE afin d'éviter les mêmes écueils et y trouver les mêmes avantages. La CDFUE est d'ailleurs explicitement mentionnée dans ce

⁶⁴⁸ Point 88 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 59 de l'arrêt *ML* ; point 51 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁶⁴⁹ Point 88 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 59 de l'arrêt *ML* ; point 51 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁶⁵⁰ Point 88 de l'arrêt *Aranyosi* : « à l'aune du standard de protection des droits fondamentaux garanti par le droit de l'Union européenne et, en particulier, de l'article 4 de la Charte ».

⁶⁵¹ Voir développement Partie II Chapitre 1 Section 2.

⁶⁵² F. GAZIN et C. HAGUENAU-MOIZARD, « La Cour de justice de l'Union et le voleur de bicyclette : une occasion manquée d'étendre la jurisprudence *Aranyosi* », *RTD Eur.*, 2019, pages 351 à 355. Voir aussi E. LOFREDI, « L'arrêt David Piotrowski de la Cour de justice : confiance mutuelle 1 – spécificité du droit pénal des mineurs 0 », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/05/03/informations-generales/larret-david-piotrowski-de-la-cour-de-justice-confiance-mutuelle-1-specificite-du-droit-penal-des-mineurs-0/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

⁶⁵³ CJUE (grande chambre), 23 janvier 2018, *Dawid Piotrowski*. Affaire C-367/16. Voir développement *infra* sur la critique de la méthodologie Partie II Chapitre 1 Section 2.

⁶⁵⁴ Voir partie suivante.

motif. Dans le cadre de la DEE, un motif proche pourrait par exemple être soulevé en cas de demande de transfèrement temporaire de personnes détenues vers l'État d'émission aux fins de la réalisation d'une mesure d'enquête⁶⁵⁵.

La CJUE n'associe pas (pour l'instant en tout cas) tous les droits fondamentaux de la CDFUE à l'article 1(3) de la décision-cadre mais a étendu sa jurisprudence sur un droit individuel absolu au contenu essentiel d'un droit procédural.

⁶⁵⁵ Article 22 de la directive DEE.

b) La procéduralisation de la protection dans la cadre du droit à un procès équitable de l'article 47 alinéa 2 CDFUE

Dans le 3e temps jurisprudentiel bis de la mise en œuvre du MAE, la Cour de justice de l'Union européenne étendu l'application du motif jurisprudentiel de non-exécution dans son arrêt *LM*⁶⁵⁶. Cette solution a été confirmée dans l'arrêt *L et P*⁶⁵⁷.

L'existence d'un risque réel que la personne subisse, en cas de remise, une violation du droit fondamental à un tribunal indépendant et, partant, du contenu essentiel de son droit fondamental à un procès équitable, garanti par l'article 47 alinéa 2 de la Charte, permet à l'autorité judiciaire d'exécution de s'abstenir, à titre exceptionnel, de donner suite au MAE, sur le fondement de l'article 1(3) de la décision-cadre 2002/584⁶⁵⁸.

Il s'agit bien d'une extension de la protection concrète et effective des droits fondamentaux⁶⁵⁹ mais son étendue reste, à ce stade, toujours plus restreinte que celle de la protection abstraite qui fonde la présomption de confiance mutuelle. Le contenu de la confiance mutuelle s'étoffe néanmoins progressivement pour prendre en considération de nouveaux droits.

Cette extension dans le cadre de l'arrêt *LM*⁶⁶⁰ s'inscrit dans un contexte de « crise des valeurs » de l'Union européenne, notamment de l'état de droit. Les trois MAE étaient d'origine polonaise et *LM* s'opposait à sa remise au motif qu'elle lui ferait courir un risque de violation de son droit protégé par l'article 6 de la CEDH. Les récentes réformes législatives du système judiciaire polonais, allant contre l'indépendance des juridictions de droit commun et du contrôle constitutionnel, le priveraient de son droit à un procès équitable. En conséquence, la base de la confiance mutuelle entre l'autorité judiciaire d'émission et l'autorité judiciaire d'exécution du MAE serait fondamentalement compromise, et le fonctionnement global du mécanisme du MAE impacté à l'encontre de la Pologne. La Pologne s'est depuis quelques années progressivement repliée sur elle-

⁶⁵⁶ CJUE (grande chambre), 25 juillet 2018, *LM*. Affaire C-216/18 PPU.

⁶⁵⁷ CJUE (grande chambre), 17 décembre 2020, *L et P*. Affaires jointes C-354/20 PPU et C-412/20 PPU.

⁶⁵⁸ Point 59 de l'arrêt *LM*.

⁶⁵⁹ Point 47 de l'arrêt *LM*.

⁶⁶⁰ S. PEERS, « Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper? », EU Law Analysis blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

même et a notamment remis plusieurs fois en cause les obligations imposées par le droit de l'Union, y compris en matière d'état de droit. Cette situation s'est enlisée jusqu'à conduire la Commission à ouvrir une procédure au titre de l'article 7(1)TUE. Cette situation de crise était susceptible de remettre en cause l'efficacité de la coopération judiciaire pénale en raison d'un manque de confiance généralisé et croissant à l'égard de la Pologne.

À l'instar du droit allemand, le droit irlandais de transposition de la DC MAE prévoit une clause de sauvegarde relative aux droits fondamentaux à l'article 37(1) de l'European Arrest Warrant Act 2003. Une personne n'est pas remise si cette remise est incompatible avec les obligations de l'État au titre de la CEDH⁶⁶¹ ou de ses protocoles⁶⁶², ou encore si elle constitue une violation d'une quelconque disposition de la Constitution⁶⁶³. Il y avait à nouveau danger potentiel pour le principe de confiance mutuelle face à l'application éventuelle d'un motif de refus national fondé sur un standard constitutionnel ou international de la CEDH. La juridiction de renvoi estimait que l'état de droit avait effectivement été enfreint par l'effet cumulé des réformes législatives⁶⁶⁴. Le système judiciaire polonais faisait courir le risque réel que l'intéressé subisse un procès arbitraire dans l'État membre d'émission. La remise devait être refusée puisqu'elle aboutirait à une violation des droits de l'intéressé énoncés à l'article 6 de la CEDH. La juridiction de renvoi posait ainsi la question de l'extension du motif de non-exécution dégagé par la CJUE dans sa jurisprudence *Aranyosi* sur le fondement de l'article 1(3) de la DC et du considérant n°10.

La CJUE se retrouvait face à un double enjeu : trouver une solution lui permettant de répondre aux préoccupations relatives aux droits fondamentaux et à l'état de droit tout en préservant l'efficacité du MAE. La CJUE reconnaît alors un motif de refus portant sur un droit « procédural » essentiel afin de ponctuellement refuser la remise mais de globalement renforcer la confiance mutuelle.

La CJUE emploiera le fondement de l'article 1(3) DC conformément à sa jurisprudence *Aranyosi et* envisagera de combiner l'obligation générale de respect des

⁶⁶¹ Article 37(1)(a)(i) de l'European Arrest Warrant Act 2003.

⁶⁶² Article 37(1)(a)(II) de l'European Arrest Warrant Act 2003.

⁶⁶³ Article 37(1)(b) de l'European Arrest Warrant Act 2003.

⁶⁶⁴ Notamment celles concernant la Cour constitutionnelle, la Cour suprême, le Conseil national de la magistrature polonais, l'organisation des juridictions polonaises de droit commun, l'École nationale de la magistrature et le ministère public polonais.

droits fondamentaux avec la disposition spécifique de l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE. Elle évaluera la combinaison de l'article 1(3) DC MAE avec l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE, par équivalence à l'article 6 de la CEDH et à la place du considérant n°10.

La CJUE ne s'est alors plus référée à déni flagrant de justice tel qu'exigé par la CourEDH⁶⁶⁵ mais à un risque réel. Le seuil d'activation du motif de refus lié à l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE serait *a priori* plus faible que celui du déni flagrant de justice exigé pour l'activation de la protection offerte par l'article 6 de la CEDH.

Le considérant n°10 DC MAE est logiquement écarté étant donné son inadéquation en tant que fondement. En effet, il ne vise pas la procédure politique de l'article 7(1) TUE auquel la juridiction de renvoi faisait référence. Il n'admet pas non plus la constatation « judiciaire » de la violation des valeurs de l'article 2 TUE comme celle de la juridiction de renvoi. Enfin, ce considérant est de valeur incertaine et bien trop général puisqu'il renvoie au respect général des valeurs de l'Union. L'article 2 du TUE sera plutôt employé dans le cadre de son argumentation, afin de prendre en compte l'enjeu systémique soulevé dans le cadre de la coopération judiciaire pénale et justifier l'extension du motif de non-exécution.

La Cour de justice n'a pas reconnu d'office l'extension du motif de refus jurisprudentiel relatif au risque de violation des droits fondamentaux. En effet, le risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable lié à un manque d'indépendance des juridictions de l'État membre d'émission est un risque par nature différent de celui d'être soumis à un traitement inhumain ou dégradant⁶⁶⁶. Il ne s'agit plus d'un droit absolu et individuel, mais d'un droit relatif et procédural.

Accepter un tel droit en tant qu'exception à la présomption de confiance mutuelle ouvre les horizons de la protection concrète des droits fondamentaux. Il convient alors de la justifier. La Cour de justice observe à nouveau quelle est l'importance du droit à un procès équitable afin de déterminer si la reconnaissance du motif de refus au regard de l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE était justifiée. C'est-à-dire si et quelle est la protection concrète qu'il convient de lui accorder.

⁶⁶⁵ J. GENEUSS, A. WERKMEISTER, « Faire Strafverfahren vor systemisch abhängigen Gerichten?: Europäischer Haftbefehl und Recht auf ein unabhängiges Gericht: Überlegungen anhand des Celmer-Urteils des EuGH », *ZStW* 132(1), 2020, pages 102 à 132.

⁶⁶⁶ Points 46 et 47 de l'arrêt *LM*.

La CJUE resserre son évaluation et lie la reconnaissance du motif de refus fondé sur le droit fondamental à un procès équitable de l'article 47(2) avec le droit fondamental à un tribunal indépendant, plus directement touché, afin de reconnaître son importance particulière. L'exigence d'indépendance des juges relève du « *contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable* »⁶⁶⁷. C'est une « partie » du droit à un procès équitable qui donc est d'une importance fondamentale. Le contenu essentiel d'un droit relatif est en quelque sorte lui aussi absolu⁶⁶⁸ et ce contenu particulier était justement remis en cause par les réformes polonaises. La CJUE lie une première fois un aspect structurel (l'indépendance du tribunal) avec un droit fondamental procédural d'un individu (le droit à un procès équitable). La garantie du contenu essentiel du droit à un procès équitable conditionne alors la concrétisation de tous les autres droits fondamentaux plus directement attachés à la personne⁶⁶⁹ au travers garanties structurelles qu'il pose⁶⁷⁰.

La focalisation sur le caractère essentiel d'une partie du contenu du droit à un procès équitable est aussi un moyen pour la CJUE d'encadrer le champ d'application du motif de refus. La protection concrète du « seul » contenu essentiel, déterminé par la CJUE, illustre la recherche d'équilibre entre le principe de protection des droits fondamentaux et du respect de l'état de droit avec le principe de la présomption de confiance mutuelle, qui elle impose de croire en général au respect du droit à un procès équitable par les Etats membres⁶⁷¹. Cette approche semble confirmer la limitation de la protection concrète et effective des droits fondamentaux à certains droits ou une partie du contenu de ces droits en fonction de leur importance. La dimension matérielle reste plus restreinte que la dimension formelle de la confiance mutuelle mais elle est enrichie.

⁶⁶⁷ Point 48 de l'arrêt *LM*.

⁶⁶⁸ S. PLATON, « Confiance mutuelle et crise de l'Etat de droit dans l'Union européenne », *L'Observateur de Bruxelles*, 2019/1 n°115, 2019, pages 16 à 22. Voir aussi J. GENEUSS, A. WERKMEISTER, « Faire Strafverfahren vor systemisch abhängigen Gerichten?: Europäischer Haftbefehl und Recht auf ein unabhängiges Gericht: Überlegungen anhand des Celmer-Urteils des EuGH », *ZStW* 132(1), 2020, pages 102 à 132.

⁶⁶⁹ J. GENEUSS, A. WERKMEISTER, « Faire Strafverfahren vor systemisch abhängigen Gerichten?: Europäischer Haftbefehl und Recht auf ein unabhängiges Gericht: Überlegungen anhand des Celmer-Urteils des EuGH », *ZStW* 132(1), 2020, pages 102 à 132.

⁶⁷⁰ M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue n°1, 2019, pages 17 à 48.

⁶⁷¹ Sur l'équilibre entre le respect de l'état de droit et la confiance mutuelle : M. POELEMANS, « Etat de droit et mandat d'arrêt européen : quel rôle pour la Cour de Justice ? », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/26/informations-generales/etat-de-droit-et-mandat-d-arret-europeen-quel-role-pour-la-cour-de-justice/>, 2018, dernière consultation janvier 2020.

La recherche de protection de l'état de droit à travers les droits fondamentaux alimente, comme la dignité humaine⁶⁷², la présomption de confiance puis la dimension matérielle de la confiance mutuelle⁶⁷³. Les valeurs fondamentales communes de l'Union sont intégrés dans la prémisse fondamentale qui fonde la confiance mutuelle dans le cadre du MAE⁶⁷⁴. Dans le cadre de la coopération judiciaire pénale, la confiance mutuelle reste, face aux exigences pratiques des instruments de reconnaissance mutuelle, fermement liée au respect des droits fondamentaux mais elle est enrichie, soutenue dans par l'intégration de ces valeurs fondamentales en tant que fondements complémentaires⁶⁷⁵. Elle est ensuite enrichie dans sa dimension matérielle de façon plus limitée par certaines expressions concrètes de ces valeurs au travers des droits fondamentaux. Dans le cadre des circonstances exceptionnelles, la CJUE peut ainsi se pencher sur le fonctionnement général du système européen pour en tirer les conséquences spécifiques, pratiques relatives au principe de confiance mutuelle et relier sa solution à la « constitution » de l'Union⁶⁷⁶. Dans l'affaire *LM*, la CJUE opère au moyen de l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE⁶⁷⁷.

La CJUE fait du droit à un procès équitable une condition préalable à la protection effective des droits fondamentaux de l'UE en général. La protection concrète mise en place vise les individus mais aussi les autorités publiques juridictionnelles. Le droit à un procès équitable revêt ainsi une « *importance cardinale* » double en tant que garant de la protection de l'ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et de la

⁶⁷² D'un point de vue chronologique, l'état de droit a été intégré avant la dignité humaine.

⁶⁷³ Points 35, 36 de l'arrêt *LM*.

⁶⁷⁴ Point 35 de l'arrêt *LM*.

⁶⁷⁵ Point 36 de l'arrêt *LM*.

⁶⁷⁶ H. LABAYLE, « Winter is coming : la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'Etat de droit », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/09/26/informations-generales/winter-is-coming-la-hongrie-la-pologne-lunion-europeenne-et-les-valeurs-de-letat-de-droit-deuxieme-partie/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

⁶⁷⁷ Cette façon de faire sera ensuite reprise dans les arrêts *ML* et *Dorobantu* et permettra de faire le lien entre l'interdiction des traitements inhumains et dégradants de l'article 4 CDFUE et la dignité humaine, autre valeur de l'article 2 TUE, afin de justifier une exception à la présomption de confiance mutuelle. Référence à un standard européen de l'état de droit se situant entre une conception formelle et une conception matérielle chez E. CARPANO, « La définition du standard européen de l'État de droit », *RTD Eur.*, 2019, pages 255 à 272.

préservation de la valeur de l'État de droit⁶⁷⁸. Il s'agit non seulement d'assurer la légitimité et la validité des décisions individuelles mais également la cohésion générale dans l'Union européenne⁶⁷⁹. Il en va de la légitimité de l'application juridictionnelle du droit de l'Union⁶⁸⁰. Dans ce cadre, la CJUE va s'appuyer sur sa jurisprudence ASJP⁶⁸¹ qui ne concernait pas la coopération judiciaire pénale mais traitait de l'indépendance de la justice. Dans cette jurisprudence, elle avait concrétisé judiciairement pour la première fois la valeur de l'état de droit consacrée à l'article 2 TUE en le combinant avec l'article 19 TUE⁶⁸². En contrepartie, elle a pu donner une interprétation plus « substantielle » de l'article 19 TUE⁶⁸³, c'est-à-dire l'investir d'un contenu qualitatif et donner une dimension institutionnelle à l'indépendance des juges⁶⁸⁴. La CJUE va en faire de même dans l'arrêt *LM* mais en choisissant une combinaison différente, cette fois avec un article de la CDFUE⁶⁸⁵.

La Cour retient que l'Union est « *une Union de droit dans laquelle les justiciables ont le droit de contester en justice la légalité de toute décision ou de tout autre acte national relatif à l'application à leur égard d'un acte de l'Union* »⁶⁸⁶. Les juridictions nationales et la Cour garantissent la pleine application du droit de l'Union dans

⁶⁷⁸ Point 48 de l'arrêt *LM*.

Référence au respect du standard de l'état de droit en tant qu'élément nécessaire à la légitimité du pouvoir judiciaire multiniveaux de l'Union européenne chez S. PLATON, « Les fonctions du standard de l'État de droit en droit de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 305 à 320.

⁶⁷⁹ A. VON BOGDANDY, « Fundamentals on Defending European Values », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/fundamentals-on-defending-european-values/>, 2019, dernière consultation mars 2020.

⁶⁸⁰ S. PLATON, « Les fonctions du standard de l'État de droit en droit de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 305 à 320.

⁶⁸¹ CJUE (grande chambre), 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contre Tribunal de Contas*. Affaire C-64/16. Voir à ce sujet L. PECH, S. PLATON, « Rule of Law backsliding in the EU: The Court of Justice to the rescue? Some thoughts on the ECJ ruling in Associação Sindical dos Juizes Portugueses », *EU Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html>, 2018, dernière consultation janvier 2020.

⁶⁸² J.-P. JACQUÉ, « État de droit et confiance mutuelle », *RTD Eur.*, 2018, pages 239 à 244.

⁶⁸³ S. PLATON, « Les fonctions du standard de l'État de droit en droit de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 305 à 320.

⁶⁸⁴ A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI and M. SCHMIDT, « A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 983 à 996.

⁶⁸⁵ T. KONSTADINIDES, « Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: *LM* », *Common Market Law Review* 56, 2019, pages 743 à 770.

⁶⁸⁶ Point 49 de l'arrêt *LM*.

l'ensemble des Etats membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit⁶⁸⁷. L'existence de ce contrôle juridictionnel effectif destiné à assurer le respect des droits fondamentaux de l'Union européenne est inhérente à un État de droit⁶⁸⁸. La CJUE peut ainsi élaborer un standard « européen » de l'État de droit⁶⁸⁹. Elle fait de la fonction juridictionnelle un des signes distinctifs du modèle d'intégration porté par l'Union puisqu'elle est fondée sur des valeurs⁶⁹⁰.

Tout Etat membre doit alors assurer que les « juridictions », au sens du droit de l'Union, satisfassent aux exigences d'une protection juridictionnelle effective dans le cadre de son système de voies de recours, dans les domaines couverts par le droit de l'Union⁶⁹¹. Une des exigences primordiales de cette protection est la préservation de l'indépendance des instances juridictionnelles⁶⁹². L'article 47, deuxième alinéa, de la Charte confirme ainsi l'accès à un tribunal « *indépendant* » parmi les exigences liées au droit fondamental à un recours effectif⁶⁹³.

Le choix du recours à l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE plutôt que l'article 19 TUE peut sembler surprenant, notamment en raison de son champ d'application plus restreint⁶⁹⁴. Ce champ d'application restreint ne pose cependant pas de difficulté particulière dans le cadre de la mise en œuvre du MAE⁶⁹⁵ et met en lumière le caractère *spécifique* et *exceptionnel* du motif de refus d'exécution du MAE relatif aux droits

⁶⁸⁷ Point 50 de l'arrêt *LM*.

⁶⁸⁸ Point 51 de l'arrêt *LM*.

⁶⁸⁹ E. CARPANO, « La définition du standard européen de l'État de droit », *RTD Eur.*, 2019, pages 255 à 272.

⁶⁹⁰ M. FARTUNOVA-MICHEL, « La fonction juridictionnelle et le mandat d'arrêt européen : la contribution des juges à la construction d'une Union de droit ? », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 95 à 101.

⁶⁹¹ Point 52 de l'arrêt *LM*.

⁶⁹² Point 53 de l'arrêt *LM*.

⁶⁹³ Point 53 de l'arrêt *LM*.

⁶⁹⁴ L. PECH and S. PLATON, « Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 1827 à 1854. ; M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue n°1, 2019, pages 17 à 48. ; M. WENDEL, « Afraid of Their Own Courage? Some Preliminary Reflections on LM », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/afraid-of-their-own-courage-some-preliminary-reflections-on-lm/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

⁶⁹⁵ L. PECH and S. PLATON, « Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 1827 à 1854.

fondamentaux dans le cadre du principe de confiance mutuelle⁶⁹⁶. Le choix d'un article de la CDFUE fait d'avantage le lien avec la confiance mutuelle et sa dimension matérielle, fondées sur la protection des droits fondamentaux que l'article 19 TUE à l'aspect plus technique et institutionnel⁶⁹⁷. Dans ce cadre, le choix d'un standard de justice spécifique plutôt qu'une nécessité fonctionnelle plus globale⁶⁹⁸ paraît pertinent. La CDFUE confirme le statut constitutionnel de la valeur de l'article 2 TUE qu'elle concrétise⁶⁹⁹. Le motif de non-exécution relatif au risque de violation du droit à un procès équitable conduit à une protection plus concrète des valeurs de l'Union bien que cela ne soit pas son objet principal⁷⁰⁰.

La CJUE a précisé son raisonnement à l'échelle du système de la coopération judiciaire pénale. L'indépendance des juridictions nationales est essentielle à son bon fonctionnement de la coopération judiciaire pénale⁷⁰¹, notamment des instruments de reconnaissance mutuelle, dont le MAE⁷⁰².

Dans l'arrêt *LM*, il était question de l'indépendance des juridictions amenées à juger la personne remise. Si la procédure pénale de poursuite ou d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté, ou la procédure pénale au fond, doit respecter les droits fondamentaux consacrés par la CEDH ou par le droit national, y compris le droit à un procès équitable et les garanties qui en découlent, elle reste en dehors du champ d'application de la décision-cadre 2002/584, du droit de l'Union et

⁶⁹⁶ Voir aussi T. KONSTADINIDES, « Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM », *Common Market Law Review* 56, 2019, pages 743 à 770.

⁶⁹⁷ Voir aussi A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI and M. SCHMIDT, « A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 983 à 996.

⁶⁹⁸ Lecture *a contrario* de L. PECH and S. PLATON, « Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 1827 à 1854.

⁶⁹⁹ C. DUPRÉ, parle principalement d'une constitutionnalisation du droit à un procès équitable mais il semble qu'il y ait une forme de renforcement et de constitutionnalisation mutuelle selon nous. C. DUPRÉ, « Individuals and Judges in Defense of the Rule of Law », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/individuals-and-judges-in-defense-of-the-rule-of-law/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

⁷⁰⁰ A. VON BOGDANDY, « Fundamentals on Defending European Values », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/fundamentals-on-defending-european-values/>, 2019, dernière consultation mars 2020.

⁷⁰¹ Point 54 de l'arrêt *LM*.

Cela est illustré par le mécanisme de renvoi préjudiciel prévu à l'article 267 TFUE, qui représente une voie de recours et la nature décentralisée de la coopération judiciaire dans l'ordre juridique UE.

⁷⁰² Point 55 de l'arrêt *LM*.

donc de celui de la CDFUE⁷⁰³. La CJUE à contourner cette difficulté, en imposant indirectement son standard européen d'indépendance juridictionnelle et de protection du droit à un procès équitable par l'intermédiaire du motif de refus et surtout par celui du contrôle exceptionnel du respect des droits fondamentaux en vue de son application *par l'autorité judiciaire d'exécution lors de la procédure de reconnaissance, soumise elle à la DC MAE*. La continuité substantielle de la protection concrète UE et CEDH renforce la justification de son intrusion dans le système judiciaire des Etats membres. Grâce à un détachement partiel de la source formelle de la confiance mutuelle, la CJUE obtient une protection concrète des droits fondamentaux dans le cadre de la remise en cause exceptionnelle de la présomption de confiance mutuelle.

Au vu de l'importance du droit à un tribunal indépendant et, partant, du contenu essentiel du droit à un procès équitable, le degré de confiance élevé entre les Etats membres comprend ainsi une nouvelle « sous-forme » de prémisse/présomption réfragable. Il existe une présomption de protection juridictionnelle effective et d'indépendance et d'impartialité des juridictions, intégrée dans la présomption de protection des droits fondamentaux qui connaît alors une approche plus structurelle⁷⁰⁴.

S'il existe « *un risque réel que la personne faisant l'objet d'un MAE subisse, en cas de remise à l'autorité judiciaire d'émission, une violation de son droit fondamental à un tribunal indépendant et, partant, du contenu essentiel de son droit fondamental à un procès équitable, garanti par l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, (celui-ci) est susceptible de permettre à l'autorité judiciaire d'exécution de s'abstenir, à titre exceptionnel, de donner suite à ce mandat d'arrêt européen, sur le fondement de l'article 1, paragraphe 3, de la décision-cadre 2002/584* »⁷⁰⁵. La présomption de protection juridictionnelle effective et d'indépendance et d'impartialité des juridictions est réfragable, et la présomption de confiance mutuelle à sa suite. Lorsque la CJUE accepte d'étendre le motif de refus d'exécution du MAE, les garanties de protection juridictionnelle effective et du procès équitable deviennent concrètes. Elles enrichissent la dimension matérielle de la confiance mutuelle. Le contenu essentiel du droit à un procès équitable justifie l'exception à la présomption de confiance mutuelle. Il existe ainsi une procéduralisation

⁷⁰³ Point 57 de l'arrêt *LM*.

⁷⁰⁴ Point 58 de l'arrêt *LM*. La confiance mutuelle repose sur « *la prémisse selon laquelle les juridictions pénales des autres Etats membres, qui, à la suite de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, devront mener la procédure pénale (...), répondent aux exigences d'une protection juridictionnelle effective, au nombre desquelles figurent, notamment, l'indépendance et l'impartialité desdites juridictions* ».

⁷⁰⁵ Point 59 de l'arrêt *LM*.

de la protection effective des droits fondamentaux et, de fait, de la confiance mutuelle matérielle⁷⁰⁶.

Un tel motif de refus pourrait également être invocable dans le cadre de la DEE, face à la juridiction qui aurait la tâche d'apprécier la valeur des éléments de preuve collectés dans le cadre de la procédure pénale au fond ou lors d'un recours contre les mesures d'enquête lorsqu'elles existent⁷⁰⁷. En effet, il convient de ne pas donner les moyens d'une condamnation inéquitable à un Etat membre d'émission.

La CJUE avait également intégré dans son argumentation le critère d'indépendance de l'« autorité judiciaire » d'émission et d'exécution du MAE. Le système simplifié de remise est conçu entre « *autorités judiciaires* » aux fins d'assurer la libre circulation des décisions judiciaires en matière pénale dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁷⁰⁸. En conséquence, « *la préservation de l'indépendance de telles autorités est également primordiale dans le cadre du mécanisme du mandat d'arrêt européen* »⁷⁰⁹. Les autorités judiciaires ont un rôle protecteur des droits fondamentaux et ce rôle est déterminant dans la confiance que l'on peut/doit accorder⁷¹⁰. Le pouvoir judiciaire peut être un tel garant en raison de leur indépendance et impartialité⁷¹¹. Cela témoigne aussi de la procéduralisation de la protection des droits fondamentaux et de la confiance mutuelle. La Cour envisagera néanmoins la qualification d'autorité judiciaire en tant que condition préalable de validité du MAE et selon une exigence adaptée

⁷⁰⁶ Mise en avant de l'importance des droits procéduraux dans le cadre de la confiance mutuelle : M. GUIRESSE, « L'arrêt Ognyanov de la Cour de justice : quand la confiance réciproque se fait le révélateur des déficiences de l'espace de liberté », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/11/20/cooperation-judiciaire-penale/larret-ognyanov-de-cour-de-justice-confiance-reciproque-se-revelateur-deficiences-de-lespace-de-liberte/>, 2016, dernière consultation novembre 2019.

Sur le contenu évolutif du standard européen de l'état de droit : voir E. CARPANO, « La définition du standard européen de l'État de droit », *RTD Eur.*, 2019, pages 255 à 272.

⁷⁰⁷ Article 14(2) de la directive DEE : « 2. *Les motifs de fond qui sont à l'origine de l'émission de la décision d'enquête européenne ne peuvent être contestés que par une action intentée dans l'État d'émission, sans préjudice des garanties des droits fondamentaux dans l'État d'exécution* ».

⁷⁰⁸ Point 55 de l'arrêt LM.

⁷⁰⁹ Point 55 de l'arrêt LM.

⁷¹⁰ Point 56 de l'arrêt LM : « *la décision-cadre 2002/584 repose sur le principe selon lequel les décisions relatives au mandat d'arrêt européen bénéficient de toutes les garanties propres aux décisions judiciaires, notamment de celles résultant des droits fondamentaux et des principes juridiques fondamentaux visés à l'article 1, paragraphe 3, de ladite décision-cadre* ».

⁷¹¹ Point 56 de l'arrêt LM : « *Cela implique non seulement que la décision relative à l'exécution du mandat d'arrêt européen mais également celle relative à la délivrance d'un tel mandat soient prises par une autorité judiciaire qui satisfait aux exigences inhérentes à une protection juridictionnelle effective – dont la garantie d'indépendance – de sorte que toute la procédure de remise entre Etats membres prévue par la décision-cadre 2002/584 soit exercée sous contrôle judiciaire* ».

d'indépendance⁷¹².

Une fois un motif jurisprudentiel de refus relatif à certains droits fondamentaux particuliers reconnu, la CJUE appliquera une méthodologie en deux étapes afin de conditionner son application et en faire une exception strictement interprétée.

⁷¹² La notion d'autorité judiciaire sera traitée *infra* dans la Partie II Chapitre 1 Section 1 de la thèse.

2) Les conditions d'application du motif de non-exécution : une concrétisation des droits fondamentaux relevant de la stricte exception

Afin d'appliquer le motif jurisprudentiel de non-exécution, l'autorité judiciaire d'exécution doit constater la réalité d'un risque *réel* de violation des droits fondamentaux dans le cadre d'un contrôle en *deux étapes* lors de la procédure d'exécution du MAE⁷¹³. Ce motif est ainsi assuré de constituer une exception concrète mais limitée à la présomption de confiance mutuelle.

L'autorité judiciaire va d'abord devoir opérer un contrôle *in abstracto* du risque réel de la violation **(a)**. Il s'agit de constater un risque *général* de violation du droit fondamental concerné dans l'Etat membre d'émission en raison de défaillances systémiques ou généralisées témoignant du caractère exceptionnellement grave de la situation. La réfragabilité de la présomption de confiance mutuelle est alors elle-aussi exceptionnelle. C'est aussi au niveau du contrôle *in abstracto* que la CJUE a posé ses critères les plus intéressants en matière d'indépendance juridictionnelle.

L'autorité judiciaire d'exécution devra ensuite opérer un contrôle *in concreto* du risque réel *individuel* de violation des droits de la personne dont la remise est demandée **(b)**. La réfragabilité de la présomption de confiance mutuelle sera ainsi seulement ponctuelle. C'est lors de la définition du contrôle *in concreto* que la CJUE a notamment posé ses exigences en matière de conditions de détention individuelles. Lorsque le risque réel individuel, découlant du risque réel général, ne peut être écarté, le motif de refus doit alors obligatoirement être appliqué. Le degré élevé de probabilité de la violation justifie d'écarter effectivement la confiance mutuelle.

Afin de consolider le compromis entre efficacité et besoin renforcé de validité, la Cour de justice a *encadré* son motif jurisprudentiel de non-exécution. La protection concrète des droits fondamentaux est limitée à des circonstances générales exceptionnellement graves dont les effets peuvent être individualisés. Dans le même temps, les critères d'évaluation des différents contrôles précisent le contenu de la protection des droits fondamentaux visés. La dimension matérielle de la confiance mutuelle et la protection concrète des droits fondamentaux en bénéficient.

⁷¹³ Voir notamment le point 92 de l'arrêt *Aranyosi*.

a) Le contrôle *in abstracto* du respect des droits fondamentaux : la garantie d'une réfragabilité exceptionnelle de la présomption de confiance mutuelle

La première étape obligatoire en vue d'appliquer le motif de non-exécution fondé sur l'article 1(3) DC MAE consiste pour l'autorité judiciaire d'exécution à démontrer « *la réalité de défaillances soit systémiques ou généralisées, soit touchant certains groupes de personnes, soit encore certains centres de détention* »⁷¹⁴ dans l'Etat membre d'émission ou bien à « *évaluer l'existence d'un risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable, lié à un manque d'indépendance des juridictions dudit Etat membre, en raison de défaillances systémiques ou généralisées dans ce dernier Etat* »⁷¹⁵.

L'autorité judiciaire d'exécution doit donc d'abord constater *in abstracto* le risque de violation du droit fondamental protégé par l'article 4 ou l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE. Le contrôle a pour but d'attester de la gravité tout-à-fait particulière de la situation générale au sein d'un Etat membre d'émission en raison de l'ampleur du risque encouru dans l'ensemble du système pénitentiaire ou de justice de l'Etat membre⁷¹⁶. Cette exigence de défaillance systémique ou généralisée vient s'ajouter au constat de l'importance des droits fondamentaux dont la protection concrète est envisagée. La CJUE établit une sorte de premier seuil de gravité nécessaire à l'activation du motif de refus par l'autorité judiciaire. Le but est de limiter son application mais aussi de justifier l'intrusion dans le système de justice malgré le principe de confiance mutuelle.

L'instauration d'un premier contrôle *in abstracto* peut aussi être considérée comme une sorte de « *sauvegarde fédérale* » contre la fragmentation de l'ELSJ⁷¹⁷. Elle s'assure ainsi aussi de limiter la responsabilisation de l'Etat membre d'exécution et de ses autorités judiciaires en matière de protection « extra-territoriale » des droits fondamentaux et de ne pas trop alourdir la procédure d'exécution du MAE. La présomption de confiance mutuelle et la présomption de protection effective et équivalente des droits fondamentaux

⁷¹⁴ Point 89 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 60 de l'arrêt *ML* ; point 52 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁷¹⁵ Point 61 de l'arrêt *LM* et point 54 de l'arrêt *L et P*.

⁷¹⁶ G. ANAGNOSTARAS, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru », *Common Market Law Review* n°53, 2016, pages 1675 à 1704.

⁷¹⁷ M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue n°1, 2019, pages 17 à 48.

peuvent ainsi rester le principe. La dimension plus matérielle du principe de confiance mutuelle et la protection effective des droits fondamentaux ne permettent un contrôle concret « extérieur » d'un autre Etat membre que dans des cas exceptionnellement problématiques qui incitent à plus de prudence, pour ne pas dire méfiance.

Ce premier niveau de contrôle ne devrait pas être déclenché systématiquement ou d'office lors de chaque procédure d'exécution d'un MAE. Le déclenchement du contrôle *in abstracto* devrait être initié par la personne dont la remise est demandée grâce à un commencement de preuve. Elle doit démontrer qu'il est *a priori* connu qu'il existe dans l'Etat membre d'émission une situation à risque⁷¹⁸. Il appartient ensuite à l'autorité judiciaire d'exécution d'opérer le contrôle pour infirmer ou confirmer la chose.

Dans ses arrêts relatifs au droit à un procès équitable, la CJUE insiste particulièrement sur le rôle pro-actif de la personne dont la remise est demandée. Ce n'est *a priori* que lorsque la personne faisant l'objet du MAE invoque l'existence de défaillances systémiques ou généralisées susceptibles, qui selon elle, affectent l'indépendance du pouvoir judiciaire dans l'Etat membre d'émission et portent alors atteinte au contenu essentiel de son droit à un procès équitable, que l'autorité judiciaire d'exécution est alors tenue d'apprécier l'existence d'un risque réel lorsqu'elle doit décider de la remise audit Etat membre⁷¹⁹. Un contrôle plus approfondi du risque n'est autrement pas obligatoire.

Cet aspect ne ressort pas (autant) dans la jurisprudence relative au risque réel de traitements inhumains ou dégradants lié aux conditions de détention. Le caractère absolu ou relatif du droit en question joue peut-être un rôle concernant l'exigence du commencement de preuve. Dans le cadre de la logique de reconnaissance et de confiance mutuelles, un tel contrôle ne devrait néanmoins pas être automatique, puisque l'autorité judiciaire d'exécution et l'Etat membre d'exécution font *a priori* confiance au système de justice de l'autorité judiciaire d'émission. Dans tous les cas, il semble fortement recommandé que la personne concernée par la remise donne un maximum d'éléments relatifs à la situation générale de défaillances systémiques ou généralisées dans l'Etat membre d'émission afin de faciliter ce premier contrôle et de s'assurer du

⁷¹⁸ Point 88 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 59 de l'arrêt *ML* ; point 51 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁷¹⁹ Point 60 de l'arrêt *LM*.

contrôle et de la défense concrète de ses propres droits lors du deuxième niveau de contrôle *in concreto*⁷²⁰.

Lors de ce contrôle *in abstracto*, l'autorité judiciaire doit se fonder sur « des éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés » concernant les conditions de détention qui prévalent dans l'État membre d'émission⁷²¹ ou concernant le fonctionnement de son système judiciaire⁷²². Une accusation de défaillance systémique vis-à-vis d'un droit fondamental est une accusation grave et le haut degré de confiance mutuelle exigent de s'appuyer sur des preuves solides, difficilement discutables. On demande donc en contrepartie un degré de certitude lui aussi assez élevé du risque sans toutefois parler de violation effective.

Ces éléments de preuve peuvent notamment résulter de décisions judiciaires internationales, telles que des arrêts de la CourEDH, de décisions judiciaires de l'État membre d'émission ainsi que de décisions, de rapports et d'autres documents établis par les organes du Conseil de l'Europe ou relevant du système des Nations unies⁷²³. La légitimité de ces acteurs en matière de protection des droits fondamentaux assure la fiabilité des informations. La collégialité des acteurs ou la critique de leur propre système juridique permet de croire en une certaine objectivité de la décision ou du rapport évoqué. L'expertise et la spécialité des acteurs peuvent assurer la précision des données. La CJUE n'a pas établi de liste fermée mais a donné des pistes permettant de donner un support valable au contrôle.

C'est notamment dans ce cadre que les informations figurant dans une proposition récente et motivée adressée par la Commission au Conseil, sur le fondement de l'article 7(1) TUE, constituent des éléments particulièrement intéressants et pertinents aux fins de cette évaluation⁷²⁴. Ces éléments ne suffiront cependant peut-être pas à eux seuls à constater le risque général et surtout ne dispensent pas du deuxième niveau de contrôle *in concreto*. Le contrôle *in abstracto* permet néanmoins d'intégrer et de partiellement compenser, à un niveau judiciaire, les difficultés politiques de l'Union relatives au constat

⁷²⁰ Voir *infra*.

⁷²¹ Point 89 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 60 de l'arrêt *ML* ; point 52 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁷²² Point 61 de l'arrêt *LM*.

⁷²³ Point 89 de l'arrêt *Aranyosi* ; point 60 de l'arrêt *ML* ; point 52 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁷²⁴ Point 61 de l'arrêt *LM*.

du risque de violation où la violation effective des valeurs de l'UE, telles que le respect des droits fondamentaux, de la dignité et de l'état de droit. La CJUE procède ainsi à un « sauvetage judiciaire » de la confiance mutuelle, au moins dans le cadre spécifique du MAE et de la coopération judiciaire pénale⁷²⁵, par sa possible remise en cause sur le fondement d'un motif lié à ses valeurs, l'État de droit en l'espèce. Le critère du risque réel général permet de donner du poids à la procédure politique, bien qu'elle n'est pas encore aboutie, sans substituer les acteurs judiciaires aux acteurs politiques. De ce fait, la CJUE responsabilise aussi les acteurs politiques⁷²⁶ et leur donne un outil supplémentaire : ils pourront s'appuyer sur ses arrêts et les arrêts des juridictions nationales en la matière dans le cadre de la mise en œuvre du MAE.

L'élaboration d'un contrôle *in abstracto* permet aussi à la CJUE de poser des exigences d'ordre général face aux systèmes de justice des Etats membres. Celles-ci devraient à plus long terme renforcer l'unité de la protection et la confiance mutuelle dans le cadre de la coopération judiciaire pénale.

Dans le cas d'un risque réel de traitements inhumains ou dégradants, il s'agira de vérifier si l'obligation positive posée par la CourEDH, visant à ce que les Etats membres s'assurent que tout prisonnier soit détenu dans des conditions qui garantissent le respect de la dignité humaine⁷²⁷, est respectée. Ainsi, les modalités d'exécution de la mesure ne doivent pas soumettre l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier doivent être assurés de manière adéquate⁷²⁸. Les Etats membres sont incités soit à entreprendre ou à poursuivre les réformes de leur système carcéral et de justice face aux problèmes de

⁷²⁵ G. TAUPIAC-NOUVEL, « Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/28/informations-generales/derniers-developpements-concernant-le-mandat-darret-europeen-la-cour-de-justice-au-secours-de-la-construction-repressive-europeenne/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

⁷²⁶ G. TAUPIAC-NOUVEL, « Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/28/informations-generales/derniers-developpements-concernant-le-mandat-darret-europeen-la-cour-de-justice-au-secours-de-la-construction-repressive-europeenne/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

⁷²⁷ À la jurisprudence de l'arrêt de la CEDH (deuxième section), 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, (Requête n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10), voir le § 65.

⁷²⁸ Point 90 de l'arrêt *Aranyosi*.

La CJUE s'appuie sur la jurisprudence de la CourEDH en se référant à l'arrêt de la CEDH (deuxième section), 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, (Requête n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10), voir le § 65.

surpopulation et d'insalubrité. La protection des droits fondamentaux de l'Union européenne est ici concrétisée, à l'aune de l'article 4 de la CDFUE, par la transposition et l'autonomisation des exigences systémiques relatives aux conditions de détention posées par la CourEDH. La portée de la protection concrète des droits fondamentaux UE est la même que celle procurée par le système de la Convention, du moins concernant l'article 4 de la CDFUE⁷²⁹.

Concernant le risque réel de violation du contenu essentiel du droit à un procès équitable, le contrôle *in abstracto* de l'autorité judiciaire portera sur l'existence de défaillances systémiques ou généralisées en ce qui concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire de l'État membre d'émission⁷³⁰. C'est à ce stade que la CJUE peut réellement donner corps à la valeur fondamentale de l'état de droit pour ensuite la lier à l'évaluation de la protection du droit fondamental à un procès équitable en tant que droit attaché à une personne, à l'aune du standard de protection de l'article 47(2) de la Charte⁷³¹. Les aspects substantiels et structurels s'étoffent respectivement. La protection juridictionnelle effective, dont l'indépendance de la justice est une exigence inhérente, pose des exigences structurelles en vue d'un système de justice équitable de l'Union et de ses États membres. La CJUE établit donc les critères « UE » d'évaluation de la (non-)indépendance systémique du pouvoir judiciaire de l'État membre d'émission⁷³².

Il s'agit d'observer si l'exercice des fonctions de l'instance se fait en toute autonomie, sans être soumis à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'instructions de quelque origine que ce soit⁷³³. L'indépendance s'apprécie donc notamment au regard de garanties telles que l'inamovibilité⁷³⁴ ou la perception d'un niveau de rémunération adéquate⁷³⁵. Il faut également observer, en lien avec la notion d'impartialité, le respect de l'objectivité et l'absence de tout intérêt de l'autorité dans la solution du litige, en dehors de la stricte

⁷²⁹ La protection accordée par le droit de l'Union européenne peut être égale ou supérieure à celle offerte par la CEDH conformément à l'article 52(3) de la CDFUE.

⁷³⁰ Point 61 de l'arrêt *LM* et point 54 de l'arrêt *L et P*.

⁷³¹ Point 62 de l'arrêt *LM*.

⁷³² Points 63 à 67 de l'arrêt *LM*.

⁷³³ Point 63 de l'arrêt *LM*.

⁷³⁴ Point 64 de l'arrêt *LM*.

⁷³⁵ Point 64 de l'arrêt *LM*.

application de la règle de droit⁷³⁶. Les garanties d'indépendance et d'impartialité postulent ainsi l'existence de règles institutionnelles spécifiques, notamment en ce qui concerne la composition de l'instance, la nomination⁷³⁷, la durée des fonctions ainsi que les causes d'abstention, de récusation et de révocation de ses membres⁷³⁸. La jurisprudence exige notamment que les cas de révocation de ses membres soient déterminés par des dispositions législatives expresses⁷³⁹. Au regard des réformes polonaises, la CJUE insiste aussi particulièrement sur le régime disciplinaire de ceux qui ont pour tâche de juger⁷⁴⁰. Celui-ci doit présenter les garanties nécessaires afin d'éviter tout risque d'utilisation d'un tel régime en tant que système de contrôle politique du contenu des décisions judiciaires⁷⁴¹. L'adoption de règles qui définissent, notamment, les comportements constitutifs d'infractions disciplinaires et les sanctions concrètement applicables, qui prévoient l'intervention d'une instance indépendante conformément à une procédure garantissant pleinement les droits consacrés aux articles 47 et 48 de la Charte, notamment les droits de la défense, et qui consacrent la possibilité de contester en justice les décisions des organes disciplinaires, constitue un ensemble de garanties essentielles aux fins de la préservation de l'indépendance du pouvoir judiciaire⁷⁴². La CJUE se saisie progressivement de nouvelles questions entourant l'indépendance du pouvoir juridictionnel et les juridictions constitutionnelles ou suprêmes nationales présentent également un intérêt croissant à ce sujet. La question de la conformité des exigences de performance imposées aux juges allemands⁷⁴³ a par exemple récemment

⁷³⁶ Point 65 de l'arrêt *LM*.

⁷³⁷ Hors du cadre de la coopération judiciaire pénale, indications plus détaillée sur les exigences de nomination voir : CJUE (grande chambre), 26 mars 2020, *Simpson v. Council et HG v. Commission*. Affaires jointes C-542/18 RX-II & C-543/18 RX-II. Voir à ce sujet M. LELOUP, « The appointment of judges and the right to a tribunal established by law: The ECJ tightens its grip on issues of domestic judicial organization: Review Simpson », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1139 à 1162.

⁷³⁸ Point 66 de l'arrêt *LM*.

⁷³⁹ Point 66 de l'arrêt *LM*.

⁷⁴⁰ Cet aspect sera particulièrement détaillé dans l'arrêt CJUE (grande chambre), 19 novembre 2019, *A. K.* Affaires jointes C-585/18, C-624/18 et C-625/18. Voir M. KRAJEWSKI and M. ZIOLKOWSKI, « EU judicial independence decentralized: A.K. », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1107 à 1138.

⁷⁴¹ Point 67 de l'arrêt *LM*.

⁷⁴² Point 67 de l'arrêt *LM*.

⁷⁴³ Performance évaluée en fonction du nombre de dossiers traités sur un certain laps de temps.

été posé au regard de l'exigence d'indépendance de ces juges⁷⁴⁴. La CJUE donne de ce fait un contenu assez précis et contraignant à l'exigence d'indépendance en l'utilisant comme critère du contrôle *in abstracto* dans le cadre de l'application du motif de non-exécution lié à l'article 47(2) CDFUE. Elle pose des exigences structurelles concrètes afin de garantir l'indépendance judiciaire, qui elle-même garantit un droit procédural favorable aux autres droits fondamentaux, dont le droit de procès équitable.

Les critères posés dans le cadre du contrôle *in abstracto* limitent aussi l'application du motif de non-exécution. Ce critère donne une solution exceptionnelle et spécifique au problème de non-indépendance des *juridictions*, mais ne vise pas les *autorités judiciaires*⁷⁴⁵. Cela a en effet été l'occasion pour la CJUE de bien préciser la différence de nature et de critères entre le motif de non-exécution relatif au risque réel de violation du droit à un tribunal indépendant et la condition préalable de validité du MAE que constitue la qualification d'« autorité judiciaire » de l'autorité émettrice du MAE.

Le motif de non-exécution du MAE est une *exception a posteriori* à la présomption de confiance mutuelle. La qualification en tant qu'autorité judiciaire de l'autorité émettrice du MAE est une *condition préalable* à celle-ci. Le rôle premier de la condition préalable est, au regard de la jurisprudence de la CJUE, de renforcer le principe formel de confiance mutuelle, avant sa dimension matérielle, et la présomption de protection des droits fondamentaux, avant leur protection concrète⁷⁴⁶.

Le bénéfice de la technique de reconnaissance mutuelle est conditionné à l'exigence selon laquelle le MAE doit être une « décision judiciaire » au sens de l'article 1(1) DC MAE, c'est-à-dire émise par une « autorité judiciaire » au sens de l'article 6(1) de cette décision-cadre⁷⁴⁷. Cette notion d'« autorité judiciaire d'émission » implique effectivement qu'elle « *agisse de manière indépendante dans l'exercice de ses fonctions inhérentes à l'émission d'un mandat d'arrêt européen* »⁷⁴⁸. Même si la CJUE reconnaît l'importance respective de l'exigence d'indépendance des juges⁷⁴⁹, et celle relative à

⁷⁴⁴ T. SCHULTE-KELLINGHAUS, « *Eine Verfassungsbeschwerde gegen Bundesgerichtshof - Stehen richterliche Unabhängigkeit und Gesetzbindung der Richter in Deutschland zur Disposition der Exekutive ?* », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Volume 3, 2020, pages 213 à 245.

⁷⁴⁵ Point 38 de l'arrêt *L et P*. Qualification sur laquelle nous reviendrons *infra* Partie II Chapitre 1 partie B.

⁷⁴⁶ Voir Partie II Chapitre 1 partie B de la présente thèse.

⁷⁴⁷ Point 38 de l'arrêt *L et P*.

⁷⁴⁸ Point 38 de l'arrêt *L et P*.

⁷⁴⁹ Point 39 de l'arrêt *L et P*.

l'indépendance des autorités judiciaires, la dernière vise avant tout *la pleine application des principes de confiance et de reconnaissance mutuelles*⁷⁵⁰. L'expression de la présomption de confiance mutuelle au travers de la reconnaissance mutuelle est donc conditionnée mais surtout renforcée par cette qualification d'autorité judiciaire. Il convient donc de ne pas mélanger le contrôle *in abstracto* et la reconnaissance de la qualité d'autorité judiciaire.

La distinction opérée entre la condition préalable et le motif de refus est confirmée et renforcée par la spécificité des critères respectifs à chacun et applicables en matière d'indépendance, lors de la qualification en tant qu'autorité judiciaire ou lors du contrôle *in abstracto*. Conformément à son arrêt *OG et PI*⁷⁵¹, la notion d'« autorité judiciaire » est plus large que la notion d'« autorité juridictionnelle »⁷⁵² et exige un degré d'indépendance moindre⁷⁵³, évalué selon des critères différents⁷⁵⁴, dans un cadre plus restreint que celui de l'autorité juridictionnelle⁷⁵⁵. En résumé, la qualification d'autorité judiciaire ne requiert qu'une indépendance adaptée dans l'exercice de cette fonction afin de bénéficier de la technique de reconnaissance mutuelle et peut notamment comprendre, sous condition, les parquets nationaux. A l'inverse, le motif de refus envisage l'ensemble du pouvoir juridictionnel dans le cadre général du système de justice de l'Etat membre lors du contrôle *in abstracto* afin de déterminer s'il existe un risque susceptible de nourrir une première défiance générale. L'exigence d'indépendance juridictionnelle est renforcée et requiert un grand nombre de garanties. La CJUE envisage donc effectivement l'indépendance des autorités judiciaires d'émission du MAE et celle des juridictions, au sens du droit de l'Union, comme deux sujets différents auxquels on ne peut appliquer la même méthodologie⁷⁵⁶. Cela conduirait autrement à une application inadaptée du motif de non-exécution fondé sur l'article 47(2) CDFUE. Les défaillances systémiques ou généralisées en ce qui concerne l'indépendance du pouvoir juridictionnel de l'Etat membre d'émission, aussi graves soient-elles, ne peuvent alors notamment suffire, à elles

⁷⁵⁰ Point 40 de l'arrêt *L et P*.

⁷⁵¹ Point 45 de l'arrêt *L et P*.

NB: elle aurait plutôt du faire référence à son arrêt CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *JR & YC*. Affaire *JR* (C-566/19 PPU), *YC* (C-626/19 PPU).

⁷⁵² Point 46 de l'arrêt *L et P*.

⁷⁵³ Points 47 et 48 de l'arrêt *L et P*.

⁷⁵⁴ Points 47, 48 et 49 de l'arrêt *L et P*.

⁷⁵⁵ Voir *infra* Partie II Chapitre 1 Section 2.

⁷⁵⁶ Point 48 de l'arrêt *L et P*.

seules, à ce que l'autorité judiciaire d'exécution considère que l'ensemble des juridictions de cet État membre ne relèvent pas de la notion d'« autorité judiciaire d'émission »⁷⁵⁷. La CJUE a limité l'application du motif de refus en tant que solution exceptionnelle et spécifique au problème d'indépendance juridictionnelle et non judiciaire.

La CJUE refuse donc de combiner le contrôle *in abstracto* et la qualification préalable d'autorité judiciaire afin de créer un motif de refus alternatif et plus simple d'application sur le fondement de l'article 6(1) DC MAE comme le souhaitait la juridiction de renvoi dans l'affaire *L et P*. L'existence de défaillances dans le système juridictionnel n'a pas nécessairement une incidence sur toutes les décisions que les juridictions dudit État membre peuvent être amenées à adopter dans chaque cas particulier⁷⁵⁸, notamment la décision d'émission du MAE prise en tant qu'autorité judiciaire. Elle ne conduit pas à une remise en cause automatique de la qualité d'« autorité judiciaire d'émission », au sens de l'article 6(1) de la décision-cadre 2002/584, qui ne peut donc se faire qu'au cas par cas et selon ses propres critères. Une approche moins stricte reviendrait à étendre les limitations qui peuvent être apportées aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles au-delà de « circonstances exceptionnelles », et conduire à une exclusion généralisée de leur application dans le cadre de mandats d'arrêt européens émis par les juridictions de l'État membre concerné par ces défaillances⁷⁵⁹. Cela handicaperait la coopération judiciaire pénale même au-delà de la mise en œuvre du MAE, comme dans le cadre des questions préjudicielles et empêcherait la CJUE de veiller à l'uniformité et efficacité du DUE⁷⁶⁰. La CJUE envisage le contrôle *in abstracto* comme un garde-fou qui doit faire du motif de refus d'exécution relatif aux droits fondamentaux une solution exceptionnelle.

En conclusion, ce premier niveau de contrôle *in abstracto* assure le caractère exceptionnel de la réfragabilité de la présomption de confiance mutuelle. L'impact à court terme du motif de non-exécution est maîtrisé et autorise une application efficace du MAE puisque l'exécution ne peut être refusée que dans un nombre limité de cas très graves. À plus long terme, les critères élaborés lors de ce premier contrôle *in abstracto* vont conduire à poser de nouvelles exigences face aux États membres en matière de justice.

⁷⁵⁷ Point 48 de l'arrêt *L et P*.

⁷⁵⁸ Points 41, 42 de l'arrêt *L et P*.

⁷⁵⁹ Point 43 de l'arrêt *L et P*.

⁷⁶⁰ Point 44 de l'arrêt *L et P*.

Cela conduit à une protection concrète des droits fondamentaux progressive et une dimension matérielle encadrée de la confiance mutuelle qui *in fine* renforcent toutes deux le principe de confiance mutuelle.

Le premier constat du risque de violation généralisée est indispensable mais non suffisant. Il ne s'agit que d'une première étape, bien qu'obligatoire⁷⁶¹. La deuxième étape consistera en un contrôle *in concreto* du risque individuel, spécifique à la personne dont la remise est demandée⁷⁶². Il vient s'ajouter au premier contrôle *in abstracto* de la situation globale des droits fondamentaux dans l'Etat membre requérant.

⁷⁶¹ Point 91 de l'arrêt *Aranyosi*; point 61 de l'arrêt *ML*.

⁷⁶² Point 62 de l'arrêt *ML* ; point 55 de l'arrêt *Dorobantu*; point 60 de l'arrêt *LM*.

b) Le contrôle *in concreto* du respect des droits fondamentaux : la garantie de la réfragabilité ponctuelle de la présomption de confiance mutuelle

Une fois l'existence d'un risque général réel constatée, l'autorité judiciaire d'exécution « est tenue de vérifier si, dans les circonstances de l'espèce, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que (...) cette personne courra un risque réel d'être soumise dans cet État membre à un traitement inhumain ou dégradant »⁷⁶³ en raison des conditions envisagées de sa détention dans l'État membre d'émission⁷⁶⁴ ou d' « apprécier, de manière concrète et précise, si, dans les circonstances de l'espèce, il existe des motifs sérieux et avérés » de croire que la personne recherchée courra un risque de violation du contenu essentiel de son droit fondamental à un procès équitable⁷⁶⁵.

Les « circonstances exceptionnelles » auxquelles fait référence la CJUE et qui conditionnent la possibilité de refus de l'autorité judiciaire d'exécution⁷⁶⁶ renvoient à des circonstances particulièrement graves en raison d'un contexte général dans l'Etat membre d'émission mais également à la situation individuelle risquée de la personne dans ce contexte. L'autorité judiciaire d'exécution doit ainsi procéder à un deuxième contrôle *in concreto* du risque. Cette étape permet d'individualiser le risque réel général induit par les défaillances générale ou systémiques constatées dans le cadre du contrôle *in abstracto* et de déterminer si la personne remise sera personnellement soumise à ce risque, dans le cadre de ses propres droits individuels, lors de la mise en œuvre de l'instrument du MAE à son encontre.

L'autorité judiciaire d'exécution ne sera *a priori* jamais exemptée de ce contrôle *in concreto*. La CJUE a notamment confirmé la transposition complète de sa méthodologie « *Aranyosi* » à l'hypothèse « *LM* »⁷⁶⁷ face au risque de violation du droit à un procès

⁷⁶³ Point 94 de l'arrêt *Aranyosi*.

⁷⁶⁴ Point 92 de l'arrêt *Aranyosi*.

⁷⁶⁵ Point 68 de l'arrêt *LM*.

⁷⁶⁶ Point 73 de l'arrêt *LM*.

⁷⁶⁷ Point 79 de l'arrêt *LM*.

La question de l'adaptation de la méthodologie *Aranyosi* posée par la juridiction de renvoi à été soulignée chez B. NICAUD, « Exécution du mandat d'arrêt européen contre risque de violation du procès équitable, Décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne 25-07-2018 n° C-216/18 », *AJ Pénal*, 2018, pages 475 à 476.

équitable et a particulièrement insisté sur l'exigence du contrôle *in concreto* dans son arrêt *L et P*⁷⁶⁸. Dans cette dernière affaire, la juridiction de renvoi avait en effet proposé une adaptation de la méthodologie « *en deux temps* » de la jurisprudence *Aranyosi* en raison de la nature procédurale du droit à un procès équitable, liée aux garanties structurelles du système de justice, et de la situation particulièrement grave en Pologne⁷⁶⁹. Elle incitait ainsi la CJUE à abandonner l'exigence du contrôle du risque individuel. Il n'en a rien été. La CJUE cherche ainsi à généraliser la méthodologie applicable et l'encadrement du motif de non-exécution fondé sur l'article 1(3) DC MAE.

La CJUE justifie sa solution au regard de la confiance mutuelle, générale mais aussi casuistique, entre les autorités judiciaires. Elle maintient ainsi le principe d'efficacité et d'exécution du MAE et de la coopération judiciaire pénale. Elle fait du refus d'exécution une « vraie » exception. Ainsi, « *(!)a seule existence d'éléments témoignant de défaillances soit systémiques ou généralisées, soit touchant certains groupes de personnes, soit encore certains centres de détention (...) n'implique pas, (...) nécessairement que, dans un cas concret, la personne concernée serait soumise à un traitement inhumain ou dégradant en cas de remise aux autorités de cet État membre* »⁷⁷⁰. Il n'est pas non plus possible d'« *admettre que des défaillances systémiques ou généralisées en ce qui concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire de l'État membre d'émission, aussi graves soient-elles, permettent de présumer qu'il existe, à l'égard de la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen, des motifs sérieux et avérés de croire que cette personne courra un risque réel de violation de son droit fondamental à un procès équitable en cas de remise à cet État membre* »⁷⁷¹. L'application du motif jurisprudentiel de refus relatif aux droits fondamentaux nécessite donc un double risque de violation, général et individuel, du droit fondamental concerné. L'exigence d'un risque de violation individuel pose le caractère ponctuel de la remise en cause de la présomption de la confiance mutuelle.

De ce fait, la protection concrète des droits fondamentaux est limitée à la protection concrète des droits fondamentaux de la personne remise dans le cadre du MAE. La situation des prisonniers ou des personnes jugées dans un cadre purement

⁷⁶⁸ CJUE (grande chambre), 17 décembre 2020, *L et P*. Affaires jointes C-354/20 PPU et C-412/20 PPU.

⁷⁶⁹ B. NICAUD, « Exécution du mandat d'arrêt européen contre risque de violation du procès équitable, Décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne 25-07-2018 n° C-216/18 », *AJ Pénal*, 2018, pages 475 à 476.

⁷⁷⁰ Point 93 de l'arrêt *Aranyosi* ; confirmé au point 61 de l'arrêt *ML* et au point 54 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁷⁷¹ Point 59 de l'arrêt *L et P*.

interne dans l'Etat membre d'émission n'est pas pertinente en soi, même s'il y a violation de ces droits. Le contrôle *in concreto* vient témoigner du lien resserré entre la protection des droits fondamentaux des individus et la confiance mutuelle entre Etats membres dans le cadre spécifique de la mise en œuvre du droit de l'Union et du MAE. Ce contrôle encadre l'application du motif de refus en exigeant un lien plus direct et individuel entre le refus d'exécution du MAE et la violation d'un droit fondamental.

L'exigence du contrôle *in concreto* permet à la CJUE de ne pas se substituer aux acteurs politiques tout en s'impliquant et en impliquant les juridictions nationales dans le « management » des difficultés liées à la crise des valeurs de l'Union, notamment face à la remise en cause de l'état de droit⁷⁷².

Conformément au texte de la DC⁷⁷³, ce n'est qu'en présence d'une constatation politique de violation effective, grave et persistante des valeurs de l'article 2 TUE par une décision du Conseil européen, conformément à la procédure de l'article 7§2 TUE, suivie d'une suspension du système du MAE au titre d'une sanction du Conseil prise en application de l'article 7§3 TUE⁷⁷⁴, que l'autorité judiciaire d'exécution serait obligée de refuser automatiquement l'exécution de tout MAE émis par l'Etat membre visé, sans devoir procéder à une quelconque appréciation concrète du risque réel⁷⁷⁵.

Dès lors, faute d'une telle constatation, les éléments témoignant de défaillances systémiques ou généralisées, même en ce qui concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire de l'Etat membre d'émission ou une aggravation de telles défaillances, doivent inciter cette autorité à la vigilance quant au cas individuel qui lui est soumis mais ne saurait l'exempter de la seconde étape de l'examen⁷⁷⁶. L'appréciation concrète s'impose toujours encore lorsque l'Etat membre d'émission a fait l'objet d'une proposition motivée de la Commission au titre de l'article 7(1) TUE, aux fins de constater un risque clair de violation grave par ledit Etat membre des valeurs visées à l'article 2 TUE, telles que celle

⁷⁷² P. SONNEVEND parle d'un compromis entre l'intérêt de la coopération quotidienne dans l'UE et le respect des valeurs fondamentales de l'UE : P. SONNEVEND, « A Clever Compromise or a Tectonic Shift? The LM Jugment of the CJEU », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/a-clever-compromise-or-a-tectonic-shift-the-lm-jugment-of-the-cjeu/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

⁷⁷³ Point 70 de l'arrêt *LM* et point 57 de l'arrêt *L et P*.

⁷⁷⁴ Points 70 et 71 de l'arrêt *LM* et point 58 de l'arrêt *L et P*.

⁷⁷⁵ Point 72 de l'arrêt *LM* et point 58 de l'arrêt *L et P*.

⁷⁷⁶ Point 60 de l'arrêt *L et P*.

de l'État de droit en cas d'atteintes à l'indépendance des juridictions nationales⁷⁷⁷. Il ne s'agit ici que d'un risque dont on demande la constatation politique ou qui est politiquement constaté. Cela ne vise pas une violation effective. Il en va de même lorsque l'autorité judiciaire d'exécution estime disposer d'éléments de nature à démontrer l'existence de défaillances systémiques lui permettant de constater *par elle-même* la violation effective d'une ou de plusieurs valeurs de l'article 2 TUE⁷⁷⁸. Bien que cette situation concerne une violation effective, la constatation n'est « que » juridictionnellement constatée. La suspension générale de la présomption de confiance mutuelle dans une de ces deux situations serait *contra legem*. Que ces situations interviennent séparément ou conjointement, la solution de compromis est alors d'opérer le contrôle *in concreto* afin d'estimer si la présomption de confiance mutuelle peut être ponctuellement remise en cause. En quelque sorte, la violation envisagée n'est pas encore assez grave et concrète pour admettre une suspension automatique et complète des effets de la confiance mutuelle mais l'est suffisamment pour justifier une suspension exceptionnelle, au cas par cas dans le cadre du MAE. Le CJUE propose par ce biais un palliatif juridictionnel partiel à l'irréfragabilité globale de la présomption de confiance mutuelle, au niveau politique⁷⁷⁹, en cas de violation des valeurs de l'article 2 TUE. Cette solution s'inscrit particulièrement dans la recherche d'équilibre entre le respect de l'Etat de droit et les différentes dimensions de la confiance mutuelle⁷⁸⁰.

Ce niveau de contrôle pose donc une deuxième limite et une deuxième justification à l'application du motif de refus, différentes mais complémentaires à celles du contrôle *in abstracto*. Son but spécifique est de conférer une réfragabilité uniquement ponctuelle de la présomption de confiance mutuelle par l'application du motif de non-exécution relatif aux droits fondamentaux. Il ne faut donc pas (con)fondre le contrôle *in concreto* avec celui *in abstracto*. La CJUE insiste particulièrement sur le fait que ces deux étapes de contrôle impliquent une analyse adaptée de l'information sur la base de critères différents, de telle sorte que ces étapes ne sauraient se confondre⁷⁸¹. L'élaboration des

⁷⁷⁷ Point 69 de l'arrêt *LM*.

⁷⁷⁸ Point 69 de l'arrêt *LM*.

⁷⁷⁹ Il a été traité plus haut de l'impossibilité de mettre en œuvre et de faire aboutir la procédure politique de l'article 7(2) TUE.

⁷⁸⁰ M. POELEMANS, « Etat de droit et mandat d'arrêt européen : quel rôle pour la Cour de Justice ? », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/26/informations-generales/etat-de-droit-et-mandat-darret-europeen-quel-role-pour-la-cour-de-justice/>, 2018, dernière consultation janvier 2020.

⁷⁸¹ Point 56 de l'arrêt *L et P*.

critères spécifiques du contrôle *in concreto* ont permis de préciser son étendue et son intensité mais aussi, par la même occasion, de préciser et consolider la concrétisation de la protection des droits fondamentaux et la dimension matérielle de la confiance mutuelle.

Concernant le contrôle du respect du droit absolu de l'article 4 de la CDFUE, la CJUE été obligée de constater l'absence de règles minimales « UE » concernant les conditions de détention. Elle se fonde largement sur la jurisprudence de la CourEDH relative à l'article 3 de la CEDH⁷⁸² afin de déterminer si et quand le seuil minimum de gravité exigé est atteint⁷⁸³ et selon quels critères de contrôle. Elle donne ainsi un contenu concret relatif à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, en lien avec les conditions de détention.

La CJUE retient ainsi qu'il convient de prendre en compte l'ensemble des données de la cause et exige donc une appréciation globale des conditions de détention⁷⁸⁴, conformément à la méthodologie de la CourEDH⁷⁸⁵. L'appréciation globale permet notamment de « compenser » certaines conditions négatives par d'autres, plus positives, afin de ne pas atteindre le seuil d'activation du droit fondamental. La CJUE demande, dans le cadre des circonstances exceptionnelles, une évaluation globale mais uniquement des conditions matérielles de détention *pertinentes*⁷⁸⁶ des établissements pénitenciers *dont on sait qu'ils vont accueillir la personne en cas de remise*⁷⁸⁷. On recherche une délimitation du contrôle *in concreto* qui concilie adéquation et efficacité.

⁷⁸² Points 90 à 100 de l'arrêt *ML* ; points 56, 58 à 60, 71 à 77 de l'arrêt *Dorobantu*.
Large référence à l'arrêt CEDH (grande chambre), 20 octobre 2016, *Muršić c. Croatie*, (Requête n°7334/13).

⁷⁸³ Point 91 de l'arrêt *ML* ; points 59 et 60 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁷⁸⁴ Point 91 de l'arrêt *ML* ; point 59 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁷⁸⁵ F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique UE et droits fondamentaux - Interdiction des traitements inhumains et dégradants et conditions de détention (art. 4 de la Charte) », *RTD Eur.*, 2020, pages 312 à 313.

⁷⁸⁶ Point 61 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁷⁸⁷ La conformité des conditions de détention existant au sein des *autres* établissements pénitentiaires restent de la seule compétence des juridictions de l'État membre d'émission et ne sera donc pas prise en compte, voir point 87 de l'arrêt *ML*.

La CJUE a ensuite donné des précisions utiles relatives aux critères à appliquer⁷⁸⁸. Le facteur spatial est par exemple particulièrement important⁷⁸⁹ et l'espace individuel dans une cellule collective est calculé selon les mêmes modalités que la CourEDH⁷⁹⁰. La durée de la période de détention est quant à elle d'une importance plus relative⁷⁹¹. Conformément au caractère préventif du motif de refus, l'existence d'une voie de recours juridictionnel permettant de contester la légalité des conditions de détention au regard des droits fondamentaux⁷⁹² est un élément pris en compte lors de l'appréciation globale des conditions de détention individuelles⁷⁹³ mais ne peut écarter à lui seul le risque réel individuel en raison de sa nature (un recours *a posteriori* suite à une *violation effective*).

En s'appuyant sur le standard de la CEDH, la CJUE peut élaborer, concrétiser et justifier son standard « UE » uniformisé dans la cadre de la coopération⁷⁹⁴ dans un domaine où elle n'avait *a priori* pas compétence⁷⁹⁵. Face au droit national des Etats membres, la CJUE a précisé que, conformément à sa jurisprudence *Melloni*, il était aussi loisible aux Etats membres de prévoir, pour leur *propre système pénitentiaire*, des exigences minimales, relatives aux conditions de détention, plus élevées que celles découlant de l'article 4 de la Charte et de l'article 3 de la CEDH. Ces Etats membres ne peuvent pour autant subordonner la remise, en tant qu'Etat membre d'exécution, qu'au respect des exigences « européennes », et non au respect des exigences découlant de

⁷⁸⁸ F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique UE et droits fondamentaux - Interdiction des traitements inhumains et dégradants et conditions de détention (art. 4 de la Charte) », *RTD Eur.*, 2020, pages 312 à 313.

⁷⁸⁹ Point 92 de l'arrêt *ML* et point 72 de l'arrêt *Dorobantu* : « le fait que l'espace personnel dont dispose un détenu soit inférieur à 3 m2 dans une cellule collective fait naître une forte présomption de violation ». Une « correction » est possible sous plusieurs conditions cumulatives déterminées au point 93 de l'arrêt *ML* et au point 73 de l'arrêt *Dorobantu*. Voir aussi les précisions sur l'exigence d'espace personnel minimal dans une cellule collective aux points 75 et 76 de l'arrêt *Dorobantu*.

Voir F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique UE et droits fondamentaux - Interdiction des traitements inhumains et dégradants et conditions de détention (art. 4 de la Charte) », *RTD Eur.*, 2020, pages 312 à 313.

⁷⁹⁰ Point 77 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁷⁹¹ Points 96 à 100 de l'arrêt *ML* : « le caractère temporaire ou transitoire d'une détention n'est pas, à lui seul, de nature à écarter tout risque réel de traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la Charte », voir point 100 de l'arrêt *ML* ; point 74 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁷⁹² Point 72 de l'arrêt *ML*.

⁷⁹³ Point 74 de l'arrêt *ML*.

⁷⁹⁴ Á. MOHAY, « Plot twist? Case C-128/18 *Dorobantu*: detention conditions and the applicability of the ECHR in the EU legal order », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/10/plot-twist-case-c-12818-dorobantu.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

⁷⁹⁵ M. FARTUNOVA-MICHEL, « La fonction juridictionnelle et le mandat d'arrêt européen : la contribution des juges à la construction d'une Union de droit ? », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 95 à 101.

leur droit national⁷⁹⁶. La CJUE refuse un motif de refus fondé sur le droit national mais aussi la « nationalisation » des critères de contrôle. Le standard de protection concret des droits fondamentaux lors de l'application du motif de refus d'exécution du MAE est celui de l'Union européenne. Une solution contraire aboutirait à remettre en cause l'uniformité du standard de protection défini par le droit de l'Union et, partant porterait atteinte au principe de confiance mutuelle et à la reconnaissance mutuelle⁷⁹⁷. La protection offerte est encadrée, limitée et impose une équivalence des protections favorable à la confiance mutuelle, matérielle mais aussi formelle. Partant, ce motif sert également l'effectivité de cette décision-cadre⁷⁹⁸. Bien que le motif de refus permette ponctuellement la remise en cause de la présomption de confiance mutuelle, il renforce globalement la confiance mutuelle.

Concernant la protection du contenu essentiel du droit à un procès équitable, l'autorité d'exécution doit vérifier, de manière concrète et précise, dans quelle mesure les défaillances avant ou après l'émission du MAE⁷⁹⁹, sont susceptibles d'avoir une incidence au niveau des juridictions compétentes de cet État membre qui ont connu ou qui connaîtront des procédures auxquelles sera soumise la personne recherchée⁸⁰⁰. En ciblant ces juridictions, la CJUE exige une première individualisation du risque réel encouru. Il faut ensuite déterminer si, en cas de remise, eu égard à la situation personnelle, à la nature de l'infraction pour laquelle l'individu est poursuivi et au contexte factuel dans lequel l'émission de ce mandat d'arrêt s'inscrit, dont l'existence de déclarations d'autorités publiques susceptibles d'interférer dans le traitement du cas individuel⁸⁰¹, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que ladite personne courra un risque de voir son droit à un procès équitable violé par la juridiction dont l'indépendance est déjà remise en question⁸⁰². Il s'agit là d'une deuxième étape dans l'individualisation du risque. Le chaînage particulier entre le manque d'indépendance généralisé du pouvoir judiciaire, le manque d'indépendance spécifique des juridictions compétentes puis le

⁷⁹⁶ Point 79 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁷⁹⁷ Cela porterait également atteinte au principe de primauté mais cela sera détaillé *infra*.

⁷⁹⁸ Lecture a contrario du point 79 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁷⁹⁹ Points 67 et 68 de l'arrêt *L et P*.

⁸⁰⁰ Point 66 de l'arrêt *L et P*.

⁸⁰¹ Point 61 de l'arrêt *L et P*.

⁸⁰² Points 74, 75 et 76 de l'arrêt *LM* et point 55 de l'arrêt *L et P*. Il est possible de prendre en compte les évolutions survenues en la matière.

manque d'indépendance « individuel » face à l'atteinte du droit à un procès équitable de la personne concernée par la remise⁸⁰³ est un moyen de délimiter le contrôle mais aussi de limiter l'application du motif de non-exécution. Ainsi, on ne devrait pas excessivement pénaliser l'objectif de célérité, d'efficacité du MAE en adoptant une approche ciblée vis-à-vis de la confiance mutuelle. La CJUE donne les outils juridiques en vue d'une meilleure application du droit pénal européen afin de ne pas confondre problème structurel et institutionnel profond avec les difficultés de mise en œuvre de certaines dispositions relevant de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales⁸⁰⁴. Dans le même temps, elle précise, concrétise la protection effective du contenu essentiel du droit à un procès équitable de la personne à remettre et rend la confiance mutuelle plus palpable en expliquant les éléments à observer pour renverser sa présomption. Les critères relatifs à la situation personnelle, à la nature de l'infraction et au contexte factuel devraient cependant être encore précisés puisqu'ils restent tout de même assez généraux⁸⁰⁵.

L'obtention des informations nécessaires au contrôle *in concreto* est également adaptée au regard du principe de confiance mutuelle du mécanisme du MAE. Les informations peuvent être fournies en application de l'article 15(2) de la décision-cadre. Le processus de collecte des informations intègre le canal « judiciaire » du mécanisme du MAE⁸⁰⁶ afin d'en faciliter mais aussi d'en encadrer l'obtention.

La CJUE s'appuie dans ce contexte sur une confiance mutuelle plus restreinte en raison des circonstances exceptionnelles de l'espèce. La CJUE emploie le terme de

⁸⁰³ Point 75 de l'arrêt *LM*.

⁸⁰⁴ G. TAUPIAC-NOUVEL, « Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/28/informations-generales/derniers-developpements-concernant-le-mandat-darret-europeen-la-cour-de-justice-au-secours-de-la-construction-repressive-europeenne/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

⁸⁰⁵ Absence de référence à la jurisprudence de la CourEDH cette fois-ci. C. DUPRÉ, « Individuals and Judges in Defense of the Rule of Law », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/individuals-and-judges-in-defense-of-the-rule-of-law/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

⁸⁰⁶ H. BANG FULSANG MADSEN SORENSEN, « Mutual trust – blind trust or general trust with exceptions? The CJEU hears key cases on the European Arrest Warrant », *EU Law Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/mutual-trust-blind-trust-or-general.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

confiance réciproque, plutôt que celui de confiance mutuelle⁸⁰⁷. Cet adjectif semble illustrer les effets limités mais maintenu du principe de confiance mutuelle dans le contexte particulier où l'on envisage l'exception à la présomption de confiance mutuelle. La confiance réciproque peut s'imposer lors de la demande d'information en raison de la fonction protectrice et de l'indépendance relative⁸⁰⁸ des autorités judiciaires⁸⁰⁹.

Un élément de l'efficacité du MAE est alors « mis au service » de la protection concrète des droits fondamentaux. Ainsi, si l'autorité judiciaire d'exécution estime que les informations à sa disposition sont insuffisantes pour lui permettre d'adopter une décision sur la remise, elle peut demander à l'autorité judiciaire d'émission la fourniture d'urgence d'informations complémentaires précises sur les conditions de détention concrètes de la personne concernée dans l'établissement pénitentiaire en cause⁸¹⁰ ou sur les conditions spécifiques de jugement⁸¹¹. L'autorité judiciaire d'émission est alors « tenue » de fournir ces informations à l'autorité judiciaire d'exécution⁸¹² dans le respect de la date limite que cette dernière fixe⁸¹³. L'autorité judiciaire d'émission peut aussi volontairement fournir des informations, en particulier tout élément objectif sur les éventuelles modifications des conditions de protection de l'indépendance judiciaire susceptible d'écarter l'existence du risque pour la personne concernée⁸¹⁴. Afin de ne pas abuser de cette possibilité et *in fine* compromettre l'efficacité du MAE, le délai doit être adapté au cas d'espèce et laisser à l'autorité judiciaire d'émission un temps suffisant mais non excessif pour collecter lesdites informations⁸¹⁵. Dans tous les cas, ledit délai devrait respecter les délais fixés à

⁸⁰⁷ M. GUIRESSE, « L'arrêt Ognyanov de la Cour de justice : quand la confiance réciproque se fait le révélateur des déficiences de l'espace de liberté », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/11/20/cooperation-judiciaire-penale/larret-ognyanov-de-cour-de-justice-confiance-reciproque-se-revelateur-deficiences-de-lespace-de-liberte/>, 2016, dernière consultation novembre 2019. Dans cet article, l'auteur différencie la confiance mutuelle et la confiance réciproque. Nous ne partageons pas cet avis mais observons que l'adjectif « *réciproque* » intervient *a priori* dans le cadre de l'exception à la présomption de confiance mutuelle et renverrait à une confiance mutuelle plus restreinte, adaptée en raison des circonstances de l'espace.

⁸⁰⁸ Voir critique Partie II Chapitre 1.

⁸⁰⁹ Qualité mise en valeur au point 104 de l'arrêt *ML*.

⁸¹⁰ Point 95 de l'arrêt *Aranyosi*; points 63 et 101 de l'arrêt *ML*.

⁸¹¹ Point 76 de l'arrêt *LM*.

⁸¹² Point 97 de l'arrêt *Aranyosi*; point 64 de l'arrêt *ML*.

⁸¹³ Point 97 de l'arrêt *Aranyosi*.

⁸¹⁴ Point 77 de l'arrêt *LM*.

⁸¹⁵ Point 97 de l'arrêt *Aranyosi*.

l'article 17 de la décision-cadre⁸¹⁶. Ni l'autorité judiciaire d'émission, ni l'autorité judiciaire d'exécution ne devraient ainsi utiliser l'obligation de dialogue dans le but d'excessivement affecter l'efficacité de la procédure de remise ou la protection des droits fondamentaux.

Eu égard à la confiance mutuelle réciproque et au caractère concret et précis du contrôle *in concreto*⁸¹⁷, son usage doit être une solution de « *dernier ressort* »⁸¹⁸. Il en découle l'exigence de spécificité et de pertinence des informations demandées, conformément à l'obligation de coopération loyale, inscrite à l'article 4(3), premier alinéa, TUE⁸¹⁹. La demande de renseignements ne peut être ni systématique ni viser l'obtention de renseignements généraux, par exemple sur l'ensemble des établissements pénitentiaires hypothétiquement susceptibles d'accueillir la personne remise⁸²⁰. Les informations demandées porteront sur les conditions de détention individuelles dans les établissements pénitentiaires dans lesquels il est concrètement envisagé que la personne soit détenue, y compris à titre temporaire ou transitoire⁸²¹. Des informations pourront aussi être demandées sur les juridictions compétentes pour connaître les procédures auxquelles sera soumise la personne dont la remise est demandée et sur sa situation personnelle, la nature de l'infraction pour laquelle cette dernière est poursuivie et sur le contexte factuel dans lequel l'émission du MAE s'inscrit. L'effort demandé aux autorités judiciaires d'émission serait autrement manifestement excessif⁸²² et compromettrait l'objectif d'efficacité⁸²³ du MAE en différant de manière substantielle la remise⁸²⁴. *In fine*, cela augmenterait le risque d'impunité, en particulier si l'Etat membre d'exécution n'envisage pas l'exécution de la peine sur son propre territoire⁸²⁵. Une telle impunité serait incompatible avec l'objectif de la décision-cadre et de l'article 3(2) TUE d'offrir aux

⁸¹⁶ Point 97 de l'arrêt *Aranyosi*.

⁸¹⁷ Points 77 et 78 de l'arrêt *ML* ; point 63 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁸¹⁸ Point 79 de l'arrêt *ML*.

⁸¹⁹ Qualité mise en valeur au point 104 de l'arrêt *ML*.

⁸²⁰ Point 80 de l'arrêt *ML* ; point 64 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁸²¹ Point 104 de l'arrêt *ML* (*référence à la coopération loyale*) ; points 66 et 67 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁸²² Point 84 de l'arrêt *ML* ; point 65 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁸²³ Point 82 de l'arrêt *ML* ; point 65 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁸²⁴ Point 83 de l'arrêt *ML* ; point 65 de l'arrêt *Dorobantu*.

⁸²⁵ Point 85 de l'arrêt *ML* ; point 65 de l'arrêt *Dorobantu*.

citoyens de l'Union un Espace de liberté, de sécurité et de justice en combinaison avec des mesures compensatoires appropriées en matière de lutte contre la criminalité⁸²⁶.

En contradiction avec ces préoccupations, l'Allemagne avait adopté un questionnaire de 78 questions, systématiquement envoyé à 3 Etats membres⁸²⁷, visant l'ensemble de leurs établissements. Ce questionnaire rendait, en pratique, toute réponse utile impossible compte tenu des brefs délais prévus par la DC MAE⁸²⁸. Une telle pratique conduisait à l'absence de décision d'approbation de la remise par la juridiction allemande. De fait, aucun MAE émis par l'un de ces trois Etats membres ne serait plus exécuté⁸²⁹.

Enfin, à l'issue du contrôle *in concreto*, si l'autorité judiciaire d'exécution constate qu'il existe un risque réel et individuel de traitements inhumains ou dégradants, l'exécution du MAE doit être reportée mais elle ne saurait être abandonnée⁸³⁰. Il devrait *a priori* en être de même concernant le risque de violation du droit à un procès équitable bien que la CJUE ne l'a pas précisé. Le report de la décision de remise par l'autorité judiciaire d'exécution vaut « *jusqu'à ce qu'elle obtienne les informations complémentaires lui permettant d'écarter l'existence d'un tel risque* »⁸³¹. La CJUE reste ainsi en conformité avec le principe d'énumération exhaustive des motifs de refus⁸³² et sa jurisprudence *Lanigan*⁸³³. La CJUE cherche ainsi à favoriser une « correction » du risque réel individuel constaté. Elle attend de l'autorité judiciaire qu'elle prolonge son contrôle *in concreto* et continue à demander des informations afin de parvenir à une résolution.

Dans l'hypothèse où les informations reçues par l'autorité judiciaire d'exécution, avant ou pendant le report, conduisent finalement à écarter l'existence du risque réel individuel de violation, l'autorité judiciaire d'exécution doit adopter sa décision

⁸²⁶ Point 86 de l'arrêt *ML*.

⁸²⁷ Point 105 de l'arrêt *ML*.

⁸²⁸ Points 102 et 103 de l'arrêt *ML*.

⁸²⁹ Point 105 de l'arrêt *ML*.

⁸³⁰ Point 98 de l'arrêt *Aranyosi*; point 65 de l'arrêt *ML*.

⁸³¹ Point 104, avant-dernière phrase du dispositif de l'arrêt *Aranyosi*.

⁸³² CJUE (grande chambre), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministero Fiscal*. Affaire C- 399/11.

⁸³³ CJUE (grande chambre), *Lanigan*, 16 juillet 2015. Affaire C-237/15 PPU.

S. PEERS, « Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper? », EU Law Analysis blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

d'exécution du MAE⁸³⁴. Le risque réel de violation individuelle des droits fondamentaux écarté, il existe à nouveau une confiance mutuelle suffisante entre les deux Etats membres dans le cadre de la mise en œuvre du MAE⁸³⁵. Il est donc possible de réappliquer l'obligation de reconnaissance et le principe d'exécution du MAE. La confiance retrouvée semble néanmoins plus restreinte puisqu'elle ne produit des effets que dans le cas d'espèce et non au niveau systémique où les défaillances perdureront et reposeront éventuellement la question de l'application du motif de refus lors de l'émission d'un nouveau MAE par le même Etat membre d'émission.

Au contraire, si l'existence du risque individuel n'a pas pu être écarté « *dans un délai raisonnable* »⁸³⁶, l'autorité judiciaire d'exécution doit s'abstenir, au titre de l'article 1(3) DC MAE, de donner suite au MAE concerné⁸³⁷. La confirmation du risque réel de violation individuelle des droits fondamentaux permet l'application du motif de refus relatif aux droits fondamentaux. Il s'agit de l'aboutissement du processus de concrétisation de la protection des droits fondamentaux bien qu'il ne vise que la protection individuelle des personnes remises. Il existe donc une exception concrète à l'obligation de reconnaissance et d'exécution du MAE qui matérialise le principe de confiance mutuelle. La dimension matérielle de la confiance mutuelle reste plus limitée que celle formelle puisqu'elle intervient dans le domaine des exceptions mais existe belle et bien.

⁸³⁴ Point 103 de l'arrêt *Aranyosi*; point 66 de l'arrêt *ML*; lecture a contrario du point 78 de l'arrêt *LM*; confirmé au point 61 de l'arrêt *L et P*.

⁸³⁵ G. ANAGNOSTARAS, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: *Aranyosi and Căldăraru* », *Common Market Law Review* n°53, 2016, pages 1675 à 1704.

⁸³⁶ Point 104, dernière phrase du dispositif de l'arrêt *Aranyosi*.

⁸³⁷ Point 104, dernière phrase du dispositif de l'arrêt *Aranyosi*; point 78 de l'arrêt *LM*; point 61 de l'arrêt *L et P*.

Conclusion du Chapitre 1 :

Dans le but premier de veiller à l'efficacité de la coopération judiciaire pénale, la CJUE a d'abord adopté une approche formelle du principe de confiance mutuelle dans le cadre du MAE et de la DEE. Cette approche formelle se traduit par une forte présomption de confiance mutuelle, fondée sur la protection abstraite des droits fondamentaux. Le degré de confiance exigé, poussé à son paroxysme, a fait l'objet de critiques justifiées.

Afin de mieux prendre en compte le besoin et les enjeux d'une protection concrète des droits fondamentaux tout en préservant le principe de la confiance mutuelle, la CJUE a complété son approche formelle par une dimension matérielle mais plus restreinte de la confiance. Cette dimension matérielle de la confiance mutuelle se traduit par la reconnaissance d'une exception concrète à la présomption de confiance mutuelle relative à la protection effective des droits fondamentaux (certains). Cette exception a pris la forme d'un motif de non-exécution du MAE (et de la DEE) dont le contenu et l'application sont précisés et encadrés par la CJUE.

CHAPITRE 2: La relation variable des droits fondamentaux et du principe de primauté dans un système de protection multi-niveaux

Ce chapitre cherche à mettre en lumière la relation du principe de primauté avec le principe de respect des droits fondamentaux au regard de l'autonomie du droit de l'Union européenne dans le cadre de la coopération judiciaire pénale. L'affirmation ou la contestation de la primauté absolue et de l'autonomie du droit de l'Union s'est largement faite au travers de la question de la protection des droits fondamentaux. L'imbrication et les interactions des différents systèmes juridiques dues au caractère autonome mais intégré du droit de l'Union induisent un dialogue plus ou moins conflictuel entre les différentes juridictions actrices de la protection des droits fondamentaux au niveau européen, international ou national⁸³⁸.

La question de l'articulation du principe de primauté du DUE et du principe de respect des droits fondamentaux dans le cadre de la coopération judiciaire pénale au sein de l'ELSJ se pose donc aussi bien au niveau européen qu'au niveau national. La relation entre principe de primauté et principe de protection des droits fondamentaux s'observera ainsi au regard de la jurisprudence de la CJUE, de la Cour européenne des droits de l'homme, et de la position des juridictions suprêmes nationales allemandes et françaises.

Au niveau européen, les droits fondamentaux apparaissent comme un vecteur limité de l'autonomie du droit de l'Union dans le domaine de la coopération judiciaire pénale (**Section 1**). D'un côté, la Cour de justice de l'Union européenne a progressivement assuré une protection autonome des droits fondamentaux, strictement maîtrisée, qui renforce et favorise le respect du principe de primauté et l'autonomie du DUE. Cette protection autonome « *suffisante* » ne laisse que très peu de place au droit national des Etats membres et limite strictement la marge d'appréciation des autorités judiciaires qui mettent en œuvre le MAE et la DEE. L'autonomie est envisagée comme une condition de l'efficacité du DUE. De l'autre côté, cette protection autonome des droits fondamentaux de l'Union fait l'objet d'un contrôle indirect de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle observe l'exécution du droit de l'Union par ses Etats membres. Si la Cour européenne des droits de l'homme se montre sensible aux spécificités de la coopération judiciaire pénale de l'UE, elle a pu poser certaines exigences auxquelles la protection autonome des droits fondamentaux de l'UE doit en

⁸³⁸ Voir notamment C. GREWE, *L'état des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. Droits Étrangers Volume n°15, 2018, pages 10 et 11.

principe répondre afin de pouvoir revendiquer le plein effet des instruments de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire pénale au sein de l'ELSJ.

Au niveau national, les droits fondamentaux ont été un vecteur de contestation de la primauté et de l'autonomie du droit de l'Union puis, récemment, également facteurs d'une forme de rapprochement des systèmes juridiques, posant la question d'une participation des droits internes à la primauté du DUE (**Section 2**). Les juridictions nationales suprêmes ou constitutionnelles, notamment allemandes et françaises, ont trouvé un terreau fertile et légitime à leur (ré-)action au regard de la protection des droits fondamentaux, lors de la mise en œuvre du droit de l'Union. La contestation ou le dialogue entre les juges s'observe alors au regard de la revendication du respect de l'*identité constitutionnelle* des Etats membres ou d'autres des standards de contrôle adoptés par ces juridictions nationales suprêmes ou constitutionnelles. Tandis que certaines y ont (re-)trouvé un rôle dans le développement de l'ELSJ et de la coopération judiciaire pénale, d'autres se sont saisies du "prétexte" des droits fondamentaux pour s'opposer, presque par principe, à la CJUE et à la primauté DUE.

Section 1: Les droits fondamentaux de l'Union : vecteurs limités d'autonomie et de primauté du droit de l'Union au niveau européen

La CJUE a interprété la protection des droits fondamentaux dans la structure spécifique et au regard des objectifs de l'Union⁸³⁹ afin de préserver l'autonomie du droit de l'Union européenne. Dans le cadre de la coopération judiciaire pénale, la relation entre les principes de primauté du DUE et de respect des droits fondamentaux a évolué de leur mise en opposition vers leur combinaison. Cette évolution est parallèle et accompagne le passage de la confiance mutuelle absolue à une confiance mutuelle un peu plus relative. Dans ce contexte, la mise en articulation des principes de primauté et de respect des droits fondamentaux par la CJUE leur a donné une importance variable mais toujours favorable à l'autonomie du DUE **(1)**. La protection autonome des droits fondamentaux de l'Union, abstraite puis concrète, « *suffisante* », est définie par la CJUE et s'intègre dans la revendication de la primauté et de l'autonomie du DUE.

Reste alors la question de la marge concrète d'appréciation des autorités judiciaires dans le cadre de la protection autonome des droits fondamentaux de l'UE. En raison du caractère intégré de la coopération judiciaire pénale de l'UE, cet élément apparaît comme susceptible de limiter l'application uniforme et l'autonomie du DUE en la matière **(2)**. La définition d'une protection autonome des droits fondamentaux « *suffisante* » a conduit la CJUE à vouloir maîtriser cette marge d'appréciation laissée aux autorités judiciaires d'exécution en matière de respect des droits fondamentaux lorsqu'elles exécutent le MAE et de la DEE. La CJUE l'a strictement interprétée et encadrée afin de préserver au maximum l'efficacité et l'autonomie du MAE et de la DEE. La Cour européenne des droits de l'Homme évalue cependant indirectement le caractère suffisant et concret de la protection UE des droits fondamentaux à travers cette même marge d'appréciation des autorités judiciaires lorsqu'elles mettent en œuvre les instruments de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire pénale. En cas d'insuffisance, elle peut ainsi potentiellement remettre en cause l'uniformité, l'efficacité et la primauté du droit de l'Union, sur le fondement des droits fondamentaux garantis par la CEDH.

⁸³⁹ Point 170 de l'*avis 2/13*, insistance au point 177.

1) La définition d'une protection autonome « suffisante » par la CJUE : la complémentarité progressive de la primauté et des droits fondamentaux de l'Union

La technique de la reconnaissance mutuelle, qui constitue la mise en pratique du principe de la confiance mutuelle, nécessite le soutien d'une harmonisation minimum qui bénéficie du principe de primauté en cas de conflit avec le droit national des Etats membres. Les Etats membres exécutent un MAE ou une DEE sur la base du principe de reconnaissance mutuelle conformément aux dispositions respectives de la DC MAE et de la directive DEE⁸⁴⁰. La procédure est ainsi standardisée⁸⁴¹. Surtout, la décision-cadre MAE et la directive DEE prévoient une liste harmonisée et limitée de motifs de non-exécution faisant exception à l'obligation de reconnaissance et d'exécution⁸⁴². L'exécution devrait donc être *la plus automatique possible*, avec un *minimum* de formalités⁸⁴³. La CJUE a cependant été confrontée à la disparité de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et a dû se saisir de la question afin de protéger la primauté, et donc l'efficacité et l'autonomie du DUE. Elle s'est ainsi évertuée à définir elle-même la protection autonome « *suffisante* » des droits fondamentaux de l'UE.

Dans un premier temps, la CJUE a utilisé le principe de primauté afin d'évacuer la question de la protection *concrète* des droits fondamentaux **(a)**. La CJUE peut ainsi écarter tout motif de refus d'exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux, en particulier un motif fondé sur le droit national et ses standards de protection constitutionnels. La protection alors abstraite des droits fondamentaux de l'UE sert

⁸⁴⁰ Articles 1(2), dernière partie de phrase, de la DC MAE et de la directive DEE.

⁸⁴¹ Ces instruments prévoient notamment les moyens de communications (article 15 DC MAE, article 16 directive DEE concernant l'obligation d'informer, des consultations sont prévues ponctuellement dans d'autres dispositions) et de transmission des décisions (articles 9 et 10 DC MAE, articles 6 et 7 directive DEE), les délais impartis (articles 17 et 23 DC MAE, article 12 directive DEE), les conditions de reports (articles 17(4) et 24 DC MAE, article 23 directive DEE) et un formulaire standardisé (article 8 DC MAE, article 5 directive DEE). En outre, la directive DEE admet un large panel de mesures d'enquête aux fins d'obtention de preuves : certaines mesures d'enquêtes sont toujours disponibles (article 10(2) de la directive DEE), des mesures d'enquêtes particulières sont également envisagées (Chapitre IV et V de la directive DEE) et les types de procédures dans lesquelles une DEE peut être envisagée sont larges (article 4 de la directive DEE). La directive DEE admet même l'emploi encadré de la *lex fori* dans le but d'assurer leur validité, article 2(2) de la directive DEE.

⁸⁴² Articles 3,4 et 4 bis DC MAE, article 11 directive DEE et motifs spécifiques de refus des mesures particulières prévues au Chapitre IV et V de la directive DEE.

⁸⁴³ Concernant la DEE : voir article 2(1) de la Directive DEE.

A. MOSNA, « Europäische Ermittlungsanordnung und Europäische Staatsanwaltschaft : Die Regelung grenzüberschreitender Ermittlungen in der EU », *ZStW* 131(3), 2019, pages 808 à 847.

uniquement à valider le droit de l'Union qui bénéficie du principe de primauté. Cette approche conduit à une reconnaissance et une exécution quasi-automatique du MAE.

Dans un second temps, face aux critiques de juridictions nationales relatives au déséquilibre manifeste de la relation du principe de primauté avec le principe de respect des droits fondamentaux dans le cadre du MAE⁸⁴⁴, la CJUE a été contrainte de reconnaître un motif de non-exécution relatif aux droits fondamentaux. Ce motif de non-exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux de l'Union sera cependant autonome **(b)**. La CJUE assure le caractère autonome de cette protection sur le fondement du droit de l'Union, et notamment l'emploi unique de la CDFUE. La CJUE peut ainsi elle-même largement déterminer la protection concrète « *suffisante* » accordée aux droits fondamentaux. Cette protection concrète des droits fondamentaux de l'UE ne remettra pas en cause le principe de primauté et l'autonomie du droit de l'Union mais viendra *in fine* les « sauver », voir les renforcer.

⁸⁴⁴ Voir notamment *infra*.

a) L'obligation de reconnaissance mutuelle : la primauté d'une protection autonome abstraite

La première articulation du principe de primauté du droit de l'Union avec le principe de respect des droits fondamentaux par la CJUE conduit à une stricte obligation d'exécution et à une reconnaissance (quasi)automatique du MAE. L'application du principe de primauté aux dispositions strictement interprétées par la CJUE de la DC MAE a permis de minimiser la question de la protection des droits fondamentaux et de refuser de reconnaître un motif non-exécution relatif aux droits fondamentaux dans le but de favoriser l'objectif d'efficacité et d'autonomie du MAE.

Le principe de primauté du DUE est donc un adjuvant puissant à la confiance mutuelle formelle et renforce l'approche principalement abstraite de la protection des droits fondamentaux⁸⁴⁵. L'emploi unique de la CDFUE et son large champ d'application ne sert qu'à reconnaître une protection autonome validant le DUE qui bénéficie du principe de primauté. Le principe de respect des droits fondamentaux tel qu'envisagé par la CJUE bénéficie au principe de principe sans que l'inverse ne se vérifie.

Pour ce faire, la CJUE a intégré les questions relatives à la protection des droits fondamentaux des arrêts *Radu*⁸⁴⁶ et *Melloni*⁸⁴⁷ dans le cadre spécifique et autonome du droit de l'Union européenne. La question de la protection des droits fondamentaux s'inscrit ainsi dans le cadre du nouveau système simplifié et plus efficace de remise⁸⁴⁸, fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle⁸⁴⁹, qui repose lui-même sur la présomption d'un degré de confiance élevé entre les Etats membres⁸⁵⁰. Le but est de faciliter et d'accélérer la coopération judiciaire en vue de réaliser l'objectif assigné à l'Union de devenir un espace de liberté, de sécurité et de justice⁸⁵¹. En vertu de l'article

⁸⁴⁵ R. MEHDI parle d'un sauvetage de l'exigence de confiance mutuelle par le principe de primauté du droit de l'Union : voir R. MEHDI, « Retour sur l'arrêt Melloni : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/29/cooperation-judiciaire-penale/retour-sur-larret-melloni-quelques-reflexions-sur-des-usages-contradictaires-du-principe-de-primaute/>, 2013, dernière consultation novembre 2019.

⁸⁴⁶ CJUE (grande chambre), du 29 janvier 2013, *Ciprian Vasile Radu*. Affaire C- 396/1111.

⁸⁴⁷ CJUE (grande chambre), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministero Fiscal*. Affaire C- 399/11.

⁸⁴⁸ Point 34 de l'arrêt *Radu*, point 37 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁴⁹ Point 33 de l'arrêt *Radu*, point 36 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁵⁰ Point 34 de l'arrêt *Radu*, point 37 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁵¹ Point 34 de l'arrêt *Radu*, point 37 de l'arrêt *Melloni*.

1(2) de ladite décision-cadre, les Etats membres sont ainsi en principe tenus de donner suite à un MAE conformément à la technique de reconnaissance mutuelle⁸⁵². L'interprétation des droits fondamentaux concernés devra donc prendre en considération les préoccupations relatives à l'objectif principal d'efficacité de la DC MAE et de la coopération judiciaire pénale. D'autre part, la CJUE emploie uniquement la CDFUE, tel que le droit à un recours effectif et à un procès équitable prévu à l'article 47 CDFUE et sur les droits de la défense garantis par l'article 48 CDFUE⁸⁵³. La CJUE peut ainsi elle-même déterminer les exigences de la protection autonome des droits fondamentaux de l'Union dans le cadre du MAE.

Afin d'imposer une obligation stricte d'exécution, la CJUE a veillé à imposer le caractère autonome, exhaustif et exceptionnel des motifs de non-exécution du MAE prévus dans la DC MAE dans ses arrêts *Radu* et *Melloni*⁸⁵⁴. C'est-à-dire que ces motifs deviennent communs et uniformes grâce à l'application du principe de primauté et ne comprennent pas de motif de refus relatif aux droits fondamentaux, européens comme nationaux.

Le droit de la décision-cadre pose en effet le principe de l'obligation d'exécution à son article 1§2 et vise donc à limiter les motifs de non-exécution du MAE qui y font exception. En s'appuyant sur l'harmonisation de ces motifs de non-exécution, la CJUE interprète cette liste comme ayant un caractère exhaustif. Les Etats membres ne peuvent refuser d'exécuter un MAE que dans les cas de non-exécution obligatoire prévus à l'article 3 ainsi que dans les cas de non-exécution facultative énumérés aux articles 4 et 4 bis⁸⁵⁵. L'interprétation restrictive quant au caractère exhaustif des motifs de refus, qui bénéficie alors du principe de primauté, renforce l'obligation d'exécution et de reconnaissance mutuelle et la présomption de confiance mutuelle. Cette liste ne contient pas et permet donc de refuser la création d'un motif général de non-exécution relatif aux droits fondamentaux de l'Union (ou un motif plus spécifique correspondant par exemple à

⁸⁵² Point 35 de l'arrêt *Radu*, point 38 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁵³ Point 32 de l'arrêt *Radu*, points 53 et 54 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁵⁴ H. LABAYLE, « Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/03/cooperation-judiciaire-penale/mandat-darret-europeen-et-degre-de-protection-des-droits-fondamentaux-quand-la-confiance-se-fait-aveugle/>, 2013, dernière consultation novembre 2019.

⁸⁵⁵ Point 36 de l'arrêt *Radu*, point 38 de l'arrêt *Melloni*.

un droit d'être entendu avant délivrance du MAE revendiqué dans l'affaire *Radu*)⁸⁵⁶. La CJUE écarte la possibilité d'une protection concrète des droits fondamentaux par l'intermédiaire d'un motif de non-exécution fondé sur le droit de l'Union.

D'autre part, la portée des autres motifs existants, en lien avec les droits fondamentaux⁸⁵⁷, est aussi strictement interprétée en tant qu'exception à l'exécution du MAE. Tel a été le cas concernant le motif de non-exécution de l'article 4 bis (1). Il s'agit d'un motif *limité* de non-exécution, applicable lorsque l'intéressé n'a pas comparu en personne au procès qui a abouti à sa condamnation. La faculté de non-exécution est assortie de quatre exceptions *uniformisées* qui privent l'autorité judiciaire d'exécution de la possibilité de refus. Elles s'imposent donc par les effets du principe de primauté. Dans ces cas de figure, il n'est plus possible de subordonner la remise de la personne condamnée par défaut à la possibilité d'une révision du jugement de condamnation en sa présence⁸⁵⁸ et il y a, à nouveau, obligation d'exécution. Outre l'absence de motif de non-exécution de l'UE relatif aux droits fondamentaux, la protection concrète des droits fondamentaux est donc aussi largement limitée par l'interprétation restrictive et autonome des motifs de non-exécution existants.

En conséquence, la protection des droits fondamentaux de l'UE ne peut pas constituer une exception concrète à la présomption de confiance mutuelle et à la reconnaissance mutuelle en raison de la primauté de la DC MAE telle qu'interprétée par la CJUE. La protection des droits fondamentaux de l'UE par l'UE est et reste principalement abstraite. Son rôle est largement cantonné à celui de fondement à l'obligation de confiance mutuelle.

Si le droit de l'Union ne prévoit pas lui-même de motif de refus (général ou spécifique) relatif aux droits fondamentaux, admet-il alors un tel motif de non-exécution fondé sur le droit national, relatif à l'application d'un standard de protection national⁸⁵⁹? Afin d'écartier cette possibilité, la CJUE va chercher à maîtriser la concurrence des différents niveaux de protection des droits fondamentaux. La protection « UE » des droits fondamentaux va en principe primer grâce à la combinaison de l'interprétation

⁸⁵⁶ Point 38 de l'arrêt *Radu*.

⁸⁵⁷ Voir *supra*.

⁸⁵⁸ Point 40 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁵⁹ Concernant un droit constitutionnel ou de la CEDH. Voir D. RITLÉNG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292.

« Åkerberg »⁸⁶⁰ de l'article 51(1) et celle « Melloni » de l'article 53 de la CDFUE, influencée par le principe de primauté du DUE.

La CJUE envisage largement « *dans quelle mesure l'action des Etats membres doit se conformer aux exigences découlant des droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union* »⁸⁶¹. Pour ce qui est de l'action des Etats membres, le champ d'application de la CDFUE est défini à l'article 51(1), aux termes duquel les dispositions de la Charte s'adressent à ces Etats « *lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* »⁸⁶². La CJUE propose une interprétation extensive de la notion de « *mise en œuvre du droit de l'Union* »⁸⁶³ afin que les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union aient vocation à être appliqués dans « *toutes les situations régies par le droit de l'Union* »⁸⁶⁴. L'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union s'impose donc aux Etats membres lorsqu'ils agissent dans le *champ d'application du droit de l'Union*⁸⁶⁵. Selon une correspondance parfaite⁸⁶⁶, l'application du droit de l'Union entraîne celle des droits fondamentaux garantis par la Charte⁸⁶⁷. Par ailleurs, un lien de rattachement même ténu entre la situation observée et la « *mise en œuvre du droit de l'Union* » peut suffire⁸⁶⁸. Cette facilité de rattachement et le parallélisme des champs d'application du DUE et de la CDFUE impliquent ainsi un large champ d'application de la protection des droits fondamentaux de l'Union inscrits dans la Charte. La définition et le

⁸⁶⁰ CJUE (grande chambre), 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*. Affaire C-617/10. Ci-après « l'arrêt Åkerberg ».

⁸⁶¹ Point 18 de l'arrêt Åkerberg.

⁸⁶² Point 17 de l'arrêt Åkerberg.

⁸⁶³ L. DELGADO, « Mise en oeuvre du droit de l'Union et principe ne bis idem ... précisions jurisprudentielles sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/11/droits-fondamentaux/mise-en-oeuvre-du-droit-de-lunion-et-principe-ne-bis-in-rem-precisions-jurisprudentielles-sur-lapplicabilite-de-la-charte-des-droits-fondamentaux/>, 2013, dernière consultation novembre 2019.

⁸⁶⁴ Point 19 de l'arrêt Åkerberg.

⁸⁶⁵ Point 20 de l'arrêt Åkerberg.

⁸⁶⁶ M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS et A. GUÉRIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la mise en œuvre à la mise en balance », *RTD Eur.* n°2, 2016, pages 219 à 247.

⁸⁶⁷ Point 21 de l'arrêt Åkerberg.

⁸⁶⁸ Voir notamment points 24 à 28 de l'arrêt Åkerberg : une obligation générale venant du DUE suffit. D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292. Voir aussi F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique UE et droits fondamentaux - Champ d'application de la Charte (art. 51) », *RTD Eur.*, 2018, pages 454 à 457.

degré de protection des droits fondamentaux lors de la mise en œuvre du DUE sont ainsi assurés d'être les plus autonomes possibles⁸⁶⁹. En particulier, lorsque les Etats membres utilisent le MAE, il ne fait aucun doute qu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, c'est-à-dire la DC MAE⁸⁷⁰. La Charte va donc couvrir l'utilisation du système de remise et permettre de définir une protection « adéquate » et autonome des droits fondamentaux.

Une fois l'application de la CDFUE constatée, reste à déterminer comment cette large protection UE⁸⁷¹ des droits fondamentaux interagit avec celle des Etats membres. À ce sujet, la CJUE dispose de moyens propres en vue de la répartition des compétences entre les différents ordres juridiques, à savoir l'article 53 de la CDFUE⁸⁷². Selon cet article, aucune disposition de la Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, « *dans leur champ d'application respectif* », par le droit de l'Union, le droit international et le droit constitutionnel des Etats membres. Malgré l'ouverture apparente de la disposition, la CJUE en fait une règle de résolution des conflits favorable au DUE en s'appuyant sur le principe de primauté⁸⁷³.

Dans une situation où l'action des Etats membre est entièrement déterminée par le DUE, seuls les standards de la Charte devraient s'appliquer. Il reste cependant *en théorie* loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer leurs standards nationaux de protection des droits fondamentaux dans une situation où l'action des Etats membres

⁸⁶⁹ L. DELGADO, « Mise en oeuvre du droit de l'Union et principe ne bis idem ... précisions jurisprudentielles sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/11/droits-fondamentaux/mise-en-oeuvre-du-droit-de-lunion-et-principe-ne-bis-in-rem-precisions-jurisprudentielles-sur-lapplicabilite-de-la-charte-des-droits-fondamentaux/>, 2013, dernière consultation novembre 2019.

Le choix non-dit de l'autonomie dans l'arrêt Melloni est confirmé dans l'arrêt Akerberg : D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292.

⁸⁷⁰ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292.

De ce point de vue, il en est de même avec la mise en œuvre de la DEE.

⁸⁷¹ Au sens de son large champ d'application.

⁸⁷² D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292.

⁸⁷³ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292. La position de l'auteur est néanmoins plus nuancée que la nôtre quant au caractère favorable de cette règle au DUE.

n'est pas *entièrement* déterminée par le droit de l'Union mais constitue tout de même une mise en œuvre de celui-ci au sens de l'article 51(1) de la Charte⁸⁷⁴. La DC MAE n'est pas un instrument d'harmonisation complète. Dans ce contexte, la protection autonome définie sur le fondement de la CDFUE ne devrait pas être exclusive ni constituer un standard maximum de protection indépassable⁸⁷⁵. Elle devrait admettre l'application concurrente d'une protection nationale⁸⁷⁶. Dans cette hypothèse, l'Etat d'exécution du MAE devrait avoir la faculté d'appliquer concurremment ses standards de protection nationaux et constitutionnels⁸⁷⁷ sous la forme d'un motif de non-exécution national.

La CJUE a cependant écarté l'interprétation proposée par la juridiction de renvoi⁸⁷⁸ « *selon laquelle l'article 53 de la Charte autoriserait de manière générale un État membre à appliquer le standard de protection des droits fondamentaux garanti par sa Constitution (...) et à l'opposer, le cas échéant, à l'application de dispositions du droit de l'Union* »⁸⁷⁹. La CJUE va en effet interpréter l'article 53 CDFUE comme posant deux limites à l'application concurrente du standard de protection national⁸⁸⁰.

Tout d'abord, la faculté d'appliquer le standard national de protection n'existe qu'à la condition qu'elle ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte et nécessaire à la présomption de confiance mutuelle⁸⁸¹. Cette première limite ne posait pas de difficulté en l'espèce : la juridiction de renvoi cherchait à étendre les possibilités de re-jugement au-delà de celles prévues par l'article 4 bis par l'application du standard constitutionnel plus élevé.

⁸⁷⁴ Point 29 de l'arrêt *Åkerberg*.

⁸⁷⁵ M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS et A. GUÉRIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la mise en œuvre à la mise en balance », *RTD Eur.* n°2, 2016, p.219 à 247.

⁸⁷⁶ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292.

⁸⁷⁷ M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS et A. GUÉRIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la mise en œuvre à la mise en balance », *RTD Eur.* n°2, 2016, pages 219 à 247.

⁸⁷⁸ Point 57 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁷⁹ Point 56 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁸⁰ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292.

⁸⁸¹ Point 60 l'arrêt *Melloni* auquel fait référence le point 29 de l'arrêt *Åkerberg*. Voir la pertinence de cette limite en matière de confiance mutuelle *supra* Partie I Chapitre 1 Section 2.

Ensuite et surtout, la faculté d'appliquer le standard national de protection ne va exister qu'à la condition qu'elle ne compromette ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union⁸⁸². La primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union constitue une deuxième limite de l'application du standard national. La primauté du DUE refuse donc l'application systématique d'une protection nationale supérieure qui ferait de la CDFUE un simple standard minimum⁸⁸³. La protection autonome des DFUE peut alors simultanément constituer le niveau de protection minimum et maximum, en dessous et au-dessus duquel on ne peut aller. La règle de résolution des conflits des concurrences de protection prime alors sur la règle de l'application du droit le plus protecteur⁸⁸⁴ *en raison du principe de primauté*. Le plus important n'est pas l'application du niveau de protection le plus élevé mais l'autonomie du DUE⁸⁸⁵. Ainsi, la CJUE réfute l'approche selon laquelle l'article 53 de la Charte autoriserait à appliquer de manière générale le standard de protection garanti par sa Constitution lorsqu'il est plus élevé que celui de la Charte et à l'opposer à l'application uniforme de dispositions du DUE⁸⁸⁶.

De ce fait, malgré les restrictions (potentielles ou avérées) découlent de la protection autonome des droits fondamentaux de l'Union, l'application d'un standard de protection national plus élevé, y compris constitutionnel, sera largement restreint⁸⁸⁷. En particulier, le principe de primauté s'applique à l'interprétation de la CJUE qui retient le caractère exhaustif des motifs de non-exécution prévus dans la DC MAE et à l'interprétation restrictive et autonome de ces motifs. La DC MAE *telle qu'interprétée par*

⁸⁸² Point 60 l'arrêt *Melloni* auquel fait référence le point 29 de l'arrêt *Åkerberg*.

⁸⁸³ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292. Voir aussi M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS et A. GUÉRIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la mise en œuvre à la mise en balance », *RTD Eur.* n°2, 2016, pages 219 à 247.

⁸⁸⁴ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292.

⁸⁸⁵ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292.

⁸⁸⁶ Enseignement retiré du point 56 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁸⁷ Référence à une opposition non seulement ponctuelle mais aussi de principe à la protection nationale des droits fondamentaux en raison du principe de primauté dans H. LABAYLE, « Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/03/cooperation-judiciaire-penale/mandat-darret-europeen-et-degre-de-protection-des-droits-fondamentaux-quand-la-confiance-se-fait-aveugle/>, 2013, dernière consultation novembre 2019.

la CJUE détermine donc entièrement l'action des Etats membres dans le domaine spécifique des exceptions à la reconnaissance et l'exécution du MAE. La faculté offerte aux Etats membres d'appliquer leurs standards nationaux supérieurs ne peut en principe jamais jouer au sujet des motifs de non-exécution. La reconnaissance d'un motif de non-exécution national relatif aux droits fondamentaux nationaux sera ainsi refusée. Les motifs exhaustifs de non-exécution tels qu'interprétés par la CJUE⁸⁸⁸ constituent un niveau de protection au-dessus duquel il n'est pas possible d'aller sous peine de porter atteinte à l'unité et l'efficacité du DUE. Le principe de primauté impose la « primauté » des droits fondamentaux de l'Union et l'uniformité de la protection UE. Peu importe si cette interprétation limite les droits fondamentaux reconnus par la Constitution de l'Etat membre ou porte atteinte à ceux-ci⁸⁸⁹.

Ainsi, en cas de conflit entre le droit de l'UE et le droit constitutionnel national vis-à-vis des standards de protection⁸⁹⁰, l'article 4 bis 1) n'accorde pas aux Etats membres la faculté de refuser l'exécution d'un MAE, lorsque l'intéressé se trouve dans l'un des quatre cas de figure énumérés à cette disposition dans l'arrêt *Melloni*⁸⁹¹. Cette solution vise une application limitée et uniforme des exceptions à l'exécution du MAE.

Le principe de primauté du droit de l'Union est ainsi mobilisé en renfort à l'exigence de confiance mutuelle formelle⁸⁹² « contre » la protection *concrète* des droits fondamentaux nationaux. L'imposition d'un standard *uniforme* largement abstrait de protection autonome des droits fondamentaux conforte la présomption de confiance mutuelles et assure l'effectivité de ladite décision-cadre⁸⁹³. Le principe de primauté seconde l'approche jusqu'au boutiste de la présomption de confiance mutuelle.

⁸⁸⁸ Voir notamment point 39 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁸⁹ Point 56 de l'arrêt *Melloni*.

Constatation et critique de cette limitation en lien avec la question de l'identité constitutionnelle chez R. MEHDI, « Retour sur l'arrêt Melloni : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/29/cooperation-judiciaire-penale/retour-sur-larret-melloni-quelques-reflexions-sur-des-usages-contradictaires-du-principe-de-primaute/>, 2013, dernière consultation novembre 2019.

⁸⁹⁰ Point 56 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁹¹ Point 61 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁹² R. MEHDI, « Avis 2/13 : le mécanisme de codéfendeur à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/13/droits-fondamentaux/avis-213-le-mecanisme-de-codefendeur-a-lepreuve-de-lautonomie-du-droit-de-lunion-europeenne/>, 2015, dernière consultation novembre 2019.

⁸⁹³ Point 63 de l'arrêt *Melloni*, *lu a contrario*.

Malgré l'absence de motif de non-exécution relatif aux droits fondamentaux et l'interprétation restrictive des motifs spécifiques de non-exécution existants, la CJUE a estimé que la protection des droits fondamentaux dans le cadre du MAE était déjà *suffisamment* assurée par le législateur européen et adaptée, conciliée avec la recherche d'efficacité de la mise en œuvre du MAE. La CJUE peut alors valider le DUE par lui-même. Par effet circulaire, la « *primauté* » de la protection autonome « *suffisante* », « *adaptée* » mais largement abstraite dans le cadre du MAE valide la primauté du reste du droit de l'Union concerné. La DC est validée par sa conformité aux droits fondamentaux de l'UE. Le principe de la primauté vise des actes du droit de l'Union pleinement conformes à la CDFUE⁸⁹⁴.

Concernant l'affaire *Radu*, la CJUE retient justement⁸⁹⁵ que les droits fondamentaux protégés par les articles 47 et 48 de la CDFUE n'ont pas été violés⁸⁹⁶ et que *le législateur européen* avait prévu des moyens alternatifs⁸⁹⁷ d'assurer le respect du droit d'être entendu *a posteriori* dans le cadre du contrôle suffisant⁸⁹⁸ de l'autorité judiciaire d'exécution « *de façon à ne pas compromettre l'efficacité du MAE* »⁸⁹⁹. Il n'est donc pas pertinent de reconnaître un motif de non-exécution relatif à une obligation d'être entendu avant la délivrance du MAE⁹⁰⁰.

Dans l'affaire *Melloni*, l'interprétation restrictive de l'article 4 bis (1) est considérée conforme à la CDFUE⁹⁰¹, et en particulier aux exigences découlant du droit à un recours effectif et à un procès équitable prévu à son article 47 ainsi que des droits de la défense

⁸⁹⁴ Déduction du point 58 de l'arrêt *Melloni*.

⁸⁹⁵ F. GAZIN, « La Cour circonscrit la portée du droit d'être entendu dans le cadre de l'émission d'un mandat d'arrêt européen afin d'éviter d'annihiler l'efficacité de cet instrument », *Europe* n° 3, Mars 2013, commentaire n°126.

⁸⁹⁶ Point 38 de l'arrêt *Radu*.

⁸⁹⁷ Voir point 42 de l'arrêt *Radu* : référence à l'article 13 DC MAE qui prévoit que la personne recherchée a le droit de se faire assister d'un conseil lorsqu'elle consent à sa remise. Cela n'est pas strictement relatif au droit d'être entendu mais vise la préparation du moment où la personne le sera. D'autre part, en référence aux articles 14 et 19 DC MAE qui prévoient que lorsque la personne ne donne pas son consentement à sa remise et qu'elle fait l'objet d'un MAE émis aux fins de poursuites, celle-ci dispose du droit d'être entendue par l'autorité judiciaire d'exécution dans conditions arrêtées d'un commun accord avec l'autorité judiciaire d'émission.

⁸⁹⁸ Point 42 de l'arrêt *Radu* : référence aux articles 8 et 15 de la décision-cadre 2002/584 qui prévoient un « certain contrôle » sur le MAE avant de décider de la remise.

⁸⁹⁹ Point 41 de l'arrêt *Radu*.

⁹⁰⁰ Point 40 de l'arrêt *Radu*.

⁹⁰¹ Point 48 de l'arrêt *Melloni*.

garantis par l'article 48(2)⁹⁰². Le droit de l'accusé de comparaître en personne au procès constitue un élément essentiel du droit à un procès équitable mais ce droit n'est pas absolu⁹⁰³. En particulier, l'accusé peut y renoncer de son plein gré, de manière expresse ou tacite, à condition que la renonciation soit non équivoque et entourée d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité, et ne heurte aucun intérêt public important⁹⁰⁴.

Les conditions posées à l'article 4 bis sous a) et b) définissent justement les conditions dans lesquelles l'intéressé est réputé y avoir volontairement renoncé, de manière non équivoque et avec des garanties suffisantes⁹⁰⁵. C'est par l'information effective de la date et du lieu du procès (ou la défense par un conseil juridique mandaté à cet effet) que la violation du droit à un procès équitable est écartée, quand bien même l'accusé n'aurait pas comparu en personne⁹⁰⁶. Dans ces cas de figure, il y a donc renoncement conforme de son droit de comparaître en personne. L'obligation d'exécution du MAE peut alors effectivement être maintenue sans nécessiter de nouvelle procédure de jugement en présence de la personne dans l'État membre d'émission.

La CJUE affirme même paradoxalement que la protection des droits procéduraires serait plus étendue qu'en droit interne⁹⁰⁷. Malgré les limites posées au re-jugement, l'*harmonisation* des conditions d'exécution d'un MAE en cas de condamnation par défaut *bénéficierait aux droits fondamentaux*. En effet, elle remédierait, en tant que consensus sur la portée des droits procéduraires⁹⁰⁸, aux difficultés de reconnaissance mutuelle des décisions rendues en l'absence de la personne à son procès « *résultant de l'existence, dans les États membres, de différences dans la protection des droits fondamentaux* »⁹⁰⁹. Le renforcement de la protection mis en avant est pourtant équivalent⁹¹⁰ à la portée

⁹⁰² Points 53 et 54 de l'arrêt *Melloni*.

⁹⁰³ Point 49 de l'arrêt *Melloni*.

⁹⁰⁴ Point 49 de l'arrêt *Melloni*.

⁹⁰⁵ Point 52 de l'arrêt *Melloni*.

⁹⁰⁶ Point 49 de l'arrêt *Melloni*.

⁹⁰⁷ Abaissement de la protection des droits fondamentaux de l'individu relevé chez H. LABAYLE, « Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/03/cooperation-judiciaire-penale/mandat-darret-europeen-et-degre-de-protection-des-droits-fondamentaux-quand-la-confiance-se-fait-aveugle/>, 2013, dernière consultation novembre 2019.

⁹⁰⁸ Point 62 de l'arrêt *Melloni*.

⁹⁰⁹ Point 62 de l'arrêt *Melloni*.

⁹¹⁰ « *en harmonie* ».

reconnue aux droits garantis par l'article 6(1)(3) CEDH par la CourEDH⁹¹¹. La protection UE ne participe donc pas réellement à une protection supérieure.

Dans le cadre de la DEE, la CJUE devrait adopter la même approche concernant les exceptions à l'obligation d'exécution. Les motifs de non-exécution devraient faire l'objet d'une interprétation restrictive et autonome portée par le principe de primauté afin de ne pas porter atteinte au principe de confiance mutuelle et à l'obligation de principe d'exécuter la DEE. La question de la protection concrète des droits fondamentaux ne peut cependant pas être évacuée comme elle l'a d'abord été dans le cadre du MAE puisqu'il existe un motif explicite de non-exécution à ce sujet à l'article 11(1)f) de la directive DEE. Cela ne pose en vérité pas difficulté puisque la CJUE a par la suite été obligée de reconnaître un motif de refus d'exécution du MAE relatifs aux droits fondamentaux de l'Union européenne. Le motif de non-exécution prévue par la DEE devrait donc emprunter les mêmes raisonnements que dans le cadre de l'application du motif jurisprudentiel de non-exécution du MAE⁹¹².

L'application rigoureuse du principe de primauté du DUE combinée à la protection abstraite des droits fondamentaux a ses limites. Elle a même finalement conduit à la mise en danger de la primauté du DUE⁹¹³. La relation entretenue entre le principe de primauté du DUE et celui de respect des droits fondamentaux a alors dû être affinée et complétée. Leur mise en articulation doit être plus convaincante tout en restant favorable à l'autonomie du DUE.

⁹¹¹ Point 50 de l'arrêt *Melloni*.

⁹¹² Voir partie b) *infra* et critique de cette éventuelle transposition *infra* Partie II Chapitre 1 Section 2.

⁹¹³ R. MEHDI, « Avis 2/13 : le mécanisme de codéfendeur à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/13/droits-fondamentaux/avis-213-le-mecanisme-de-codefendeur-a-lepreuve-de-lautonomie-du-droit-de-lunion-europeenne/>, 2015, dernière consultation novembre 2019.

b) La reconnaissance d'un motif de non-exécution : une protection concrète et autonome des droits fondamentaux au secours du principe de primauté

Dans un second temps, la CJUE a compris l'intérêt de *combiner* la primauté et le respect *concret* des droits fondamentaux. La CJUE admet la possibilité, jusqu'ici écartée, d'une protection *autonome concrète* des droits fondamentaux, applicable dans le domaine des exceptions à la présomption de confiance mutuelle et l'obligation d'exécution du MAE sous la forme d'un motif de non-exécution. Dans le cadre de la reconnaissance d'un motif de non-exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux⁹¹⁴, l'importance du principe de respect des droits fondamentaux est ré-affirmée en elle-même mais aussi et surtout dans sa relation avec le principe de primauté.

Les droits fondamentaux de l'Union vont progressivement permettre à la CJUE de dégager une protection autonome concrète des droits fondamentaux qui sera strictement encadrée et spécifique afin d'assurer une plus grande efficacité et autonomie du DUE. Cette protection concrète des droits fondamentaux et la reconnaissance d'une dimension plus matérielle de la confiance mutuelle⁹¹⁵ ne remettent en cause ni le principe de primauté et l'autonomie du droit de l'Union, ni la logique générale dégagée dans la jurisprudence *Melloni et Radu*⁹¹⁶. Au contraire, la concrétisation du principe de protection des droits fondamentaux de l'Union vient « secourir » et renforcer le principe de primauté, l'autonomie et l'efficacité du MAE qui étaient menacés. La protection concrète des droits fondamentaux, par l'intermédiaire de ce nouveau motif de non-exécution, va alors s'intégrer dans une tentative de réconciliation de l'objectif d'efficacité du MAE et de la coopération judiciaire pénale avec celui de validité du DUE et protection des droits fondamentaux⁹¹⁷. La même approche devrait présider à l'application du motif de l'article 11(1) f de la directive DEE.

⁹¹⁴ Cette partie s'appuiera donc notamment sur la jurisprudence de la CJUE dans les affaires *Aranyosi, LM, ML, Dorobantu* et *L et P* relatives au MAE. Certains parallèles pourront être fait avec l'application éventuelle de l'article 11(1)f de la directive DEE.

⁹¹⁵ Voir *supra* développement à ce sujet Partie I Chapitre 1 Section 2 de la présente thèse.

⁹¹⁶ G. ANAGNOSTARAS, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru », *Common Market Law Review* n°53, 2016, pages 1675 à 1704.

⁹¹⁷ G. ANAGNOSTARAS, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru », *Common Market Law Review* n°53, 2016, pages 1675 à 1704.

La création d'un motif de refus sur le fondement des articles 1(3) DC MAE et 4 CDFUE⁹¹⁸ et son extension à l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE⁹¹⁹ dans les arrêts *Aranyosi*⁹²⁰ et *LM*⁹²¹ répondent en effet, à une nécessité découlant de la possible remise en cause du principe de primauté. La reconnaissance d'un motif de non-exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux par la CJUE répond en effet aux contestations de plus en plus virulentes des juridictions nationales relatives à l'insuffisance de la protection *effective, concrète* des droits fondamentaux par le droit de l'Union dans le cadre de l'exécution du MAE et de la coopération judiciaire pénale⁹²². La concrétisation de la protection des droits fondamentaux de l'UE est en ce sens une « *coproduction jurisprudentielle* »⁹²³ qui pourrait se poursuivre à l'avenir⁹²⁴. En cas de conflit entre le droit de l'Union, à savoir les dispositions de la décision-cadre MAE, et un droit fondamental constitutionnel ou de droit international, les juridictions nationales suprêmes et constitutionnelles menaçaient d'appliquer leurs propres standards de protection afin d'écarter l'exécution du MAE⁹²⁵. L'application de standards de protection constitutionnels ou de la CEDH conduiraient à refuser l'exécution du MAE en violation de la primauté des dispositions de la DC qui impliquent l'obligation d'exécution du MAE. Ce serait également une remise en cause de la compétence de la CJUE en tant qu'interprète authentique du DUE.

⁹¹⁸ Points 83 et 88 de l'arrêt *Aranyosi*.

⁹¹⁹ Point 59 de l'arrêt *LM*.

⁹²⁰ CJUE (grande chambre), 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*. Affaires jointes C- 404/15 et C-659/15 PPU. Ci-après « l'arrêt *Aranyosi* ».

⁹²¹ CJUE (grande chambre), 25 juillet 2018, *LM*. Affaire C-216/18 PPU.

⁹²² G. ANAGNOSTARAS, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: *Aranyosi and Căldăraru* », *Common Market Law Review* n°53, 2016, pages 1675 à 1704.

⁹²³ H. LABAYLE, « Winter is coming : la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'Etat de droit », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/09/26/informations-generales/winter-is-coming-la-hongrie-la-pologne-lunion-europeenne-et-les-valeurs-de-letat-de-droit-deuxieme-partie/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

⁹²⁴ Voir *infra* Partie I Chapitre 2 Section 2 de la thèse.

⁹²⁵ F. GAZIN, « Entre la jurisprudence *Melloni* et la jurisprudence *NS* : proposition d'une troisième voie en matière d'application d'un mandat d'arrêt européen présentant un risque de violation des droits fondamentaux », *Europe* n° 6, Juin 2016, commentaire n°192.

En particulier⁹²⁶, la Cour constitutionnelle allemande avait explicitement admis la possibilité de refuser l'exécution d'un MAE sur le fondement du respect de l'identité constitutionnelle allemande en cas de protection effective insuffisante des droits fondamentaux par le droit de l'Union européenne dans le cadre de la coopération judiciaire pénale dans son ordonnance du 15 décembre 2015⁹²⁷. Elle n'hésiterait pas à intervenir en la matière si la CJUE ne se saisissait pas elle-même plus sérieusement de la question. La CJUE devait donc absolument éviter que la BVerfG ne revienne sur le principe posé dans sa décision *Solange II*⁹²⁸ qui veut qu'aussi longtemps que (*Solange*) l'Union européenne garantisse une protection des droits fondamentaux équivalente à celle assurée par la constitution allemande, la Cour constitutionnelle allemande ne contrôlerait pas les dispositions de droit de l'Union au regard d'un droit fondamental reconnu par la Loi fondamentale allemande et respecterait donc le principe de primauté du DUE.

Dans l'affaire *Aranyosi*, la procédure allemande de reconnaissance et d'exécution des MAE prévoit cependant une clause de sauvegarde, non prévue par la DC MAE : l'article 73 de l'IRG⁹²⁹. En cas de demande de remise, l'entraide judiciaire est illicite si elle contrevient aux principes énoncés à l'article 6 TUE. Cet article « passerelle » autorise à se référer à l'ensemble des droits fondamentaux contenus dans le droit national, le droit international et de l'Union européenne. Les autorités judiciaires d'exécution allemandes ont donc les moyens d'appliquer un motif de non-exécution du MAE fondé sur le national, non explicitement prévu par le droit de l'Union, relatif à la protection des droits fondamentaux nationaux ou de droit international. La juridiction de renvoi avait ainsi estimé que la remise conduirait à un risque de violation de l'article 3 de la CEDH et des

⁹²⁶ L'enjeu était particulièrement important face à l'Allemagne, qui est particulièrement sensible à la question de la protection des droits fondamentaux. Voir notamment les incontournables arrêts de la Cour constitutionnelle allemande : BVerfG, *Solange I*, 29 mai 1974, 2 BvL 52/71 et BVerfG, *Solange II*, 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83.

Les craintes, questionnements ou revendications à ce sujet ont déjà été l'origine d'importants arrêts de la CJUE. Voir les arrêts suivants portant sur la problématique de la protection des droits fondamentaux : CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*. Affaire 29-69. CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*. Affaire 11-70. CJCE, 14 mai 1974, *Nold*. Affaire 4-73. D'autre part, au point 85 de l'arrêt *LM*, la CJUE fait référence à son arrêt CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, affaire C-112/00, un arrêt important initié par le questionnement de l'Allemagne et en lien les droits fondamentaux et la dignité humaine.

⁹²⁷ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14.

⁹²⁸ BVerfG, 22 octobre 1986, *Solange II*, (2 BvR 197/83).

⁹²⁹ Points 42 et 59 de l'arrêt *Aranyosi*.

La juridiction de renvoi allemande va également faire référence à cette disposition dans l'arrêt *ML*.

droits et principes fondamentaux consacrés à l'article 6 TUE. Faute de motif de non-exécution existant dans le DC, les remises devaient donc normalement être déclarées illicites sur le fondement des limites fixées à l'article 73 de l'IRG⁹³⁰. Si la CJUE n'adaptait pas sa jurisprudence, la juridiction allemande renverserait la présomption de confiance mutuelle⁹³¹ par application d'un motif de non-exécution national fondé sur l'article 73 IRG, combiné à l'article 3 de la CEDH, en violation de la primauté du DUE, afin de déclarer l'exécution des MAE hongrois et roumains illicite.

Dans l'affaire *LM*, les Etats membres⁹³² risquaient largement d'écarter l'application du droit de l'Union en matière de coopération judiciaire pénale, en violation des principes de primauté et de confiance mutuelle en raison du non-respect des valeurs communes de l'Union par l'Etat membre d'émission polonais⁹³³. En l'espèce, la juridiction de renvoi irlandaise estimait que l'état de droit avait été enfreint⁹³⁴ et qu'il existait en cas de remise un risque que l'intéressé subisse un procès arbitraire en violation des droits énoncés à l'article 6 de la CEDH. À l'instar du droit allemand, le droit irlandais de transposition de la DC MAE prévoit une clause de sauvegarde relative aux droits fondamentaux à l'article 37(1) de l'European Arrest Warrant Act 2003. Une personne ne doit pas être remise si cette remise est incompatible avec les obligations découlant de la CEDH⁹³⁵ ou de ses protocoles⁹³⁶, ou si elle constitue une violation d'une disposition de la Constitution⁹³⁷. En

⁹³⁰ Point 62 de l'arrêt *Aranyosi*.

Voir aussi H. BANG FULSANG MADSEN SORENSEN, « Mutual trust – blind trust or general trust with exceptions? The CJEU hears key cases on the European Arrest Warrant », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/mutual-trust-blind-trust-or-general.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

⁹³¹ H. BANG FULSANG MADSEN SORENSEN, « Mutual trust – blind trust or general trust with exceptions? The CJEU hears key cases on the European Arrest Warrant », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/mutual-trust-blind-trust-or-general.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019 : Les auteurs envisagent même une situation dans laquelle le refus aurait pu être de principe face à certains Etats membres.

⁹³² Hormis peut-être la Hongrie, mais particulièrement concernant l'Allemagne ou l'Italie.

⁹³³ S. PEERS, « Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper? », EU Law Analysis blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

⁹³⁴ Notamment celles concernant la Cour constitutionnelle, la Cour suprême, le Conseil national de la magistrature polonais, l'organisation des juridictions de droit commun, l'École nationale de la magistrature et le ministère public polonais.

⁹³⁵ Article 37(1)(a)(i) de l'European Arrest Warrant Act 2003.

⁹³⁶ Article 37(1)(a)(ii) de l'European Arrest Warrant Act 2003.

⁹³⁷ Article 37(1)(b) de l'European Arrest Warrant Act 2003.

l'occurrence, la juridiction de renvoi s'appuyait sur l'article 37(1) de l'EAWA combiné à l'article 6 de la CEDH afin de contester l'obligation de remise. Le risque était l'application éventuelle d'un motif de refus national fondé sur un standard de protection international de la CEDH en violation des dispositions de la DC MAE.

La CJUE devait trouver une solution lui permettant de répondre aux préoccupations relatives aux droits fondamentaux tout en préservant la primauté et l'autonomie du DUE. En ce sens, le principe de primauté « explique » également l'évolution vers une protection concrète des droits fondamentaux et la seconde dimension matérielle de la confiance mutuelle⁹³⁸.

Elle accepte donc de reconnaître un motif de non-exécution fondé sur le droit de l'UE et relatif aux droits fondamentaux de l'UE. La CJUE maintient ainsi l'objectif d'efficacité du MAE⁹³⁹ en maintenant l'obligation de reconnaissance mutuelle et d'exécution du MAE en tant que principe⁹⁴⁰ et le refus d'exécution du MAE, en tant qu'exception limitée⁹⁴¹. Ensuite, la CJUE maintient l'objectif d'autonomie du droit de l'Union et le concilie avec la protection concrète des droits fondamentaux⁹⁴². En ce sens, elle ne revient pas sur sa jurisprudence *Melloni* qui avait écarté un motif national de non-exécution.

La CJUE a élaboré une solution européenne en s'appuyant sur l'article 1(3) de la décision-cadre du MAE⁹⁴³. L'article 1(3) DC est un fondement juridique général équivalent à l'article 73 de l'IRG et à l'article 37(1) de l'*European Arrest Warrant Act 2003* et autorise un motif de refus fondé sur la DC MAE, en accord avec le principe de primauté. Cette

⁹³⁸ G. ANAGNOSTARAS, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru », *Common Market Law Review* n°53, 2016, pages 1675 à 1704.

⁹³⁹ Point 76 de l'arrêt *Aranyosi*, point 40 de l'arrêt *LM*. La présomption de confiance mutuelle (point 77 de l'arrêt *Aranyosi*, points 35, 36 et 40 de l'arrêt *LM*) et la technique de la reconnaissance mutuelle (point 79 de l'arrêt *Aranyosi* et point 41 de l'arrêt *LM*) demeurent d'une importance « fondamentale » (point 78 de l'arrêt *Aranyosi*, point 36 de l'arrêt *LM*).

⁹⁴⁰ Point 79 de l'arrêt *Aranyosi*, point 41 de l'arrêt *LM*.

⁹⁴¹ Point 80 de l'arrêt *Aranyosi*, point 41 de l'arrêt *LM*.

F. GAZIN, « Entre la jurisprudence *Melloni* et la jurisprudence *NS* : proposition d'une troisième voie en matière d'application d'un mandat d'arrêt européen présentant un risque de violation des droits fondamentaux », *Europe* n° 6, Juin 2016, commentaire n°192.

⁹⁴² Sur un standard européen autonome de l'état de droit voir E. CARPANO, « La définition du standard européen de l'État de droit », *RTD Eur.*, 2019, pages 255 à 272.

⁹⁴³ Point 83 de l'arrêt *Aranyosi*, points 45 et 47 de l'arrêt *LM*.

disposition de la décision-cadre sera le fondement autonome du droit de l'Union du motif de refus et sera combinée avec un droit fondamental plus précis. Dans le cadre de la DEE, la CJUE n'aura pas à s'appuyer sur l'obligation générale de respect des droits fondamentaux de l'article 1(4) de la directive DEE pour dégager un tel motif sur le fondement du droit de l'Union puisqu'elle peut se fonder sur une disposition explicite prévue par le législateur européen à l'article 11(1)f de la directive DEE. La formulation de cette disposition est équivalente à celle de l'article 1(3) DC MAE.

La CJUE a ensuite choisi d'uniquement s'appuyer sur le droit propre de l'Union en matière de droits fondamentaux et de combiner l'obligation générale de respect des droits fondamentaux rappelée à l'article 1(3) DC MAE avec une disposition de la CDFUE. Elle a ainsi pour l'instant mobilisé l'article 4 CDFUE⁹⁴⁴ et l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE⁹⁴⁵, par équivalence et au lieu, respectivement, de l'article 3 CEDH⁹⁴⁶ et de l'article 6⁹⁴⁷ de la CEDH invoqués par les juridictions nationales qui ne permettaient pas d'assurer la pleine autonomie et le plein respect du principe de primauté du droit de l'Union. Pour les mêmes raisons, si la CJUE décide qu'il est nécessaire de combiner l'article 11(1)f de la directive DEE à une norme garantissant un droit fondamental spécifique, elle devrait également choisir de s'appuyer sur les dispositions de la CDFUE. La CDFUE bénéficie d'ailleurs d'une référence individualisée dans l'article 11(1)f de la directive DEE qui va en ce sens.

Le motif de non-exécution relatif aux droits fondamentaux est ainsi doublement autonome. Il s'agit de permettre à la CJUE de définir elle-même le niveau concret de protection des droits fondamentaux dans le cadre du MAE et de justifier son action dans un domaine qui n'avait pas été explicitement prévu par le législateur de l'Union dans la DC MAE. Il n'est alors plus question d'évincer *tous* les droits fondamentaux en tant que motif de non-exécution du MAE⁹⁴⁸ mais uniquement ceux allant potentiellement à l'encontre de l'autonomie du DUE et de l'efficacité de ses instruments.

⁹⁴⁴ Point 88 de l'arrêt *Aranyosi*.

⁹⁴⁵ Point 47 de l'arrêt *LM*.

⁹⁴⁶ Points 42 et 45 combinés de l'arrêt *Aranyosi*.

⁹⁴⁷ Point 22 de l'arrêt *LM*.

⁹⁴⁸ G. ANAGNOSTARAS, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: *Aranyosi and Căldăraru* », *Common Market Law Review* n°53, 2016, pages 1675 à 1704.

Par la création d'un tel motif, la CJUE peut pleinement jouer son rôle de garant des grands équilibres européens : entre juge des droits fondamentaux et juge de la primauté et de la confiance mutuelle⁹⁴⁹. En cas de conflit entre l'obligation de reconnaissance et d'exécution du MAE, fondé sur le principe de confiance mutuelle, et l'invocation du motif de refus relatif aux droits fondamentaux de l'Union, le conflit qui se situait initialement entre deux ordres juridiques distincts devient un *conflit entre normes d'un même ordre juridique* : celui du droit de l'UE. Il ne s'agit plus, comme dans l'affaire *Melloni*, d'un conflit entre ordres juridiques européen et national, qui opposerait les dispositions de la décision-cadre à une norme constitutionnelle nationale relative à un standard de protection national ou international.

L'article 1§2 de la DC peut ainsi se voir opposer l'article 1§3 de la DC, combiné avec l'article 4 ou 47 alinéa 2 de la CDFUE. Dans le cadre de la DEE, on opposerait l'article 1(2) de la directive DEE à l'article 11(1)f, combiné à une disposition de la CDFUE. La mise en balance entre la présomption de confiance mutuelle et le principe de protection des droits fondamentaux s'inscrit alors dans un cadre qui bénéficie du principe de primauté de l'Union européenne dans sa globalité et qui reste donc autonome.

La protection concrète autonome des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le cadre de la mise en œuvre du MAE permet même un renforcement mutuel des principes de respect des droits fondamentaux et de primauté du droit de l'Union européenne. Il devrait en être de même dans le cadre de la mise en œuvre de la DEE. En ce sens, la jurisprudence *Aranyosi* et ses suites semblent donc venir compléter la jurisprudence *Melloni*.

L'utilisation de la CDFUE renforce la concrétisation du principe de respect des droits fondamentaux sans porter atteinte au principe de primauté. Au contraire, la reconnaissance d'un motif de non-exécution autonome relatif aux droits fondamentaux de l'Union complète la « *primauté* » des droits fondamentaux de l'UE et de la Charte dans le domaine des exceptions à la confiance mutuelle. La protection autonome des droits fondamentaux de l'Union « prime » que l'on vise sa dimension abstraite⁹⁵⁰ ou concrète.

⁹⁴⁹ F. GAZIN, « Entre la jurisprudence *Melloni* et la jurisprudence *NS* : proposition d'une troisième voie en matière d'application d'un mandat d'arrêt européen présentant un risque de violation des droits fondamentaux », *Europe* n° 6, Juin 2016, commentaire n°192.

⁹⁵⁰ Voir *supra*.

Le recours à la CDFUE dans le cadre de la DC en tant que norme de référence renforce sa portée normative⁹⁵¹. La reconnaissance d'un motif exceptionnel de non-exécution relatif aux droits fondamentaux de l'Union européenne définit un nouveau standard européen concret et uniforme obligatoire⁹⁵² de protection là où il n'en existait pas encore en droit de l'Union. Conformément à la jurisprudence *Åkerberg*, cette protection concrète des droits fondamentaux de l'Union européenne telle que définie par le DUE et la CJUE peut théoriquement être concurrencée par la protection nationale des Etats membres dans le cadre de la mise en œuvre du MAE⁹⁵³. La protection nationale prendrait alors la forme d'un motif de refus mais fondé sur le droit national. Cependant, conformément à la jurisprudence *Melloni*, l'application d'un motif de refus d'exécution du MAE fondé sur un standard de protection national serait lui aussi soumis à deux limites identifiées par la CJUE⁹⁵⁴.

Cette hypothèse va devoir être écartée concernant la deuxième limite. Un motif de refus national plus protecteur serait *a priori* plus facilement applicable que celui fondé sur l'article 1§3, dont l'application est conditionnée au respect d'une méthodologie particulière et des conditions strictes⁹⁵⁵. On pourrait par exemple envisager un motif de refus national dont l'application ne serait pas conditionnée à l'existence de défaillances générales ou systémiques mais uniquement à un risque individuel⁹⁵⁶. La protection autonome des droits fondamentaux de l'Union dans le cadre du motif de non-exécution est néanmoins adaptée au système du MAE et déclenche le jeu du principe de primauté. L'encadrement de l'application du motif de non-exécution fondé sur l'article 1(3) DC MAE par la méthodologie du contrôle en deux étapes et le degré de gravité exigé du risque visent à maintenir le principe d'exécution du MAE et à concilier la protection concrète des droits fondamentaux avec l'efficacité générale du MAE⁹⁵⁷. La CJUE a ainsi donné des

⁹⁵¹ M. FARTUNOVA-MICHEL, « La fonction juridictionnelle et le mandat d'arrêt européen : la contribution des juges à la construction d'une Union de droit ? », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 95 à 101.

⁹⁵² Il y a obligation de refuser l'exécution du MAE et de la remise en cas de risque réel de violation des droits fondamentaux.

⁹⁵³ Voir *supra*.

⁹⁵⁴ Voir détails *supra*.

⁹⁵⁵ Voir *supra* et *infra*.

⁹⁵⁶ Voir détail de la méthodologie *Aranyosi supra* Partie I Chapitre 1 Section 2 et *infra* Partie II Chapitre 1 Section 2.

⁹⁵⁷ Voir détail de la méthodologie *Aranyosi supra* Partie I Chapitre 1 Section 2.

précisons importantes relatives au contenu substantiel⁹⁵⁸ et procédural⁹⁵⁹ de la protection autonome. La CJUE a par exemple intégré dans la protection offerte par l'article 4 CDFUE des exigences et des critères précis en matière de détention dans son arrêt *Dorobantu*⁹⁶⁰. De même, elle s'est appuyée sur le droit à un recours effectif de l'article 19 TUE et la valeur de l'état de droit de l'article 2 TUE afin de préciser les exigences relatives au droit à un procès équitable de l'article 47(2) CDFUE⁹⁶¹. La clarification du standard de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne verrouille son contenu et ne laisse donc pas de place pour l'application du droit national en matière de droits fondamentaux⁹⁶².

Le principe de primauté du DUE permet donc d'imposer le motif de non-exécution autonome tel que dégagé par la CJUE sur le fondement de la DC MAE et de la CDFUE, et de limiter la concurrence des protections des différents systèmes nationaux⁹⁶³. Celui-ci impose un standard de protection européen qui ne devrait pas pouvoir être dépassé par un motif de refus fondé sur un standard de protection national⁹⁶⁴ supérieur qui porterait autrement atteinte au principe de primauté, d'unité et d'effectivité de la DC MAE.

Par effet circulaire, la primauté de la CDFUE a des répercussions sur la procédure de remise gouvernée par le DUE⁹⁶⁵ et son utilisation unique renforce l'autonomie du DUE en y intégrant une protection propre sur laquelle il peut se fonder et en principe s'auto-valider mais aussi concrètement s'auto-évaluer.

⁹⁵⁸ M. FARTUNOVA-MICHEL, « La fonction juridictionnelle et le mandat d'arrêt européen : la contribution des juges à la construction d'une Union de droit ? », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 95 à 101.

⁹⁵⁹ Voir *infra*.

⁹⁶⁰ G. ANAGNOSTARAS, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru », *Common Market Law Review* n°53, 2016, pages 1675 à 1704. Voir détails *supra*.

⁹⁶¹ Arrêts *LM* et *L et P*, voir *supra*.

⁹⁶² G. ANAGNOSTARAS, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru », *Common Market Law Review* n°53, 2016, pages 1675 à 1704.

⁹⁶³ L'absence de référence à l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux dans l'arrêt *Aranyosi* et *LM* tend à confirmer que la Cour de justice n'envisage pas l'application d'une protection nationale supérieure concurrente de l'Etat membre d'exécution.

⁹⁶⁴ On entend par là un droit constitutionnel ou un droit garanti par la CEDH, intégré dans le système de protection national.

⁹⁶⁵ G. ANAGNOSTARAS, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru », *Common Market Law Review* n°53, 2016, pages 1675 à 1704.

La primauté de la protection autonome des droits fondamentaux de l'Union européenne de garder la maîtrise des limitations exceptionnelles à la présomption de confiance mutuelle et à l'efficacité technique du MAE. La CJUE déterminera l'étendue de la nouvelle exception à l'exécution du MAE et le degré de protection autonome et effective. Cette solution assure la validité, l'autonomie, l'uniformité et l'efficacité en assurant la maîtrise du périmètre de la dimension matérielle de la confiance mutuelle.

La protection concrète, autonome et adaptée, des droits fondamentaux de l'UE vient ainsi vérifier le caractère suffisamment protecteur du système du MAE et de la coopération judiciaire pénale qui avait déjà auparavant été présumé⁹⁶⁶. La Cour de justice s'appuie sur la Charte des droits fondamentaux et le niveau de protection de la protection autonome des droits fondamentaux de l'UE afin d'exceptionnellement et concrètement ré-évaluer sa mise en œuvre et ré-affirmer, ré-adapter la protection suffisante. Le message envoyé semble d'ailleurs le suivant : le DUE n'est pas insuffisamment protecteur, c'est l'Etat membre d'émission qui l'exécute mal en matière de droits fondamentaux. C'est face à cet Etat membre que la CJUE précise sa protection et que l'autorité d'exécution doit réagir.

La protection autonome et concrète des droits fondamentaux de l'Union européenne n'est pas une protection maximale mais est en théorie suffisante pour ne pas être rejetée par les juridictions nationales. Le droit de la DC est suffisamment protecteur pour que les juridictions nationales ne remettent pas en cause le principe d'exécution du MAE en appliquant leurs droits fondamentaux protégés par leur constitution. Il leur « suffit » d'invoquer le droit de l'Union, la décision-cadre telle qu'interprétée par la CJUE. La Cour constitutionnelle allemande a ainsi reconnu les critères posés par la CJUE en matière de condition de détention dans un arrêt du deuxième Sénat rendu le 1er décembre 2020⁹⁶⁷. Par ce motif de refus, la primauté s'applique donc à un droit de l'Union qui propose une protection UE *suffisante et adéquate* des droits fondamentaux et qui est donc acceptable. Il est ainsi renforcé. Dans cet esprit, l'application du principe de proportionnalité⁹⁶⁸ inscrit dans la DEE devrait également faire l'objet d'une approche autonome afin de renforcer la solution « *Aranyosi* ». Au stade de l'émission de la DEE, le but serait de prévenir l'application du motif de refus⁹⁶⁹. Au stade de l'exécution, cela

⁹⁶⁶ M. FARTUNOVA-MICHEL, « La fonction juridictionnelle et le mandat d'arrêt européen : la contribution des juges à la construction d'une Union de droit ? », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 95 à 101.

⁹⁶⁷ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 1. Dezember 2020, 2 BvR 1845/18 & 2 BvR 2100/18.

⁹⁶⁸ Article 6(1)a), (2)(3) de la directive DEE.

⁹⁶⁹ Voir *infra*.

permettrait d'encadrer le contrôle de l'autorité judiciaire d'exécution. Autrement, le risque serait le possible contournement de l'éventuel encadrement opéré par la CJUE à l'application du motif de refus prévu par l'article 11(1)f de la directive⁹⁷⁰.

Enfin, la protection autonome concrète des droits fondamentaux de l'Union devient un moyen indirect de faire respecter les valeurs de l'article 2 TUE, dont l'état de droit. L'application du motif de refus tel que dégagé par la CJUE permet de prendre des « sanctions » ponctuelles⁹⁷¹ face à des problèmes systémiques quant au respect du DUE ne pouvant être adressés politiquement⁹⁷². Les valeurs du droit de l'Union priment au moins dans le cadre de la coopération judiciaire pénale.

Ainsi la CJUE considère désormais que le principe de respect des droits fondamentaux ne s'oppose pas ou ne peut être opposé au principe de primauté. La CJUE réduit la marge d'appréciation des Etats membres et de leurs autorités judiciaires en écartant d'abord la possible application d'un standard national supérieur de protection. Elle l'a encore réduit en encadrant la marge contrôle des autorités judiciaires d'exécution dans le cadre de cette protection autonome des droits fondamentaux de l'UE⁹⁷³.

⁹⁷⁰ Voir *infra*.

⁹⁷¹ La non-exécution du MAE et la non-remise de la personne peuvent être perçues comme une sanction contre l'Etat membre d'émission rebelle.

⁹⁷² M. FARTUNOVA-MICHEL, « La fonction juridictionnelle et le mandat d'arrêt européen : la contribution des juges à la construction d'une Union de droit ? », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 95 à 101.

⁹⁷³ Voir *infra*.

2) La marge d'appréciation des autorités judiciaires : élément de la primauté et de l'autonomie du droit de l'Union

Afin de renforcer l'autonomie et l'efficacité de la coopération judiciaire pénale, la CJUE a également veillé à encadrer la marge d'appréciation des autorités judiciaires lorsqu'elles contrôlent concrètement le respect des droits fondamentaux de l'UE **(a)**. En effet, une marge d'appréciation importante des autorités judiciaires pourrait potentiellement limiter l'efficacité et l'uniformité du DUE si elle conduit à une activation plus facile du contenu de la protection autonome des DFUE au travers du motif de non-exécution relatif aux droits fondamentaux ou conduire à compréhension plus ou moins large de certaines notions essentielles de la DC MAE etc. La relation entre le principe de primauté et le principe de respect des droits fondamentaux s'observe donc également à travers la définition de cette marge d'appréciation « standardisée » dans le cadre de la protection concrète des droits fondamentaux de l'Union. La marge de manœuvre laissée aux autorités judiciaires devrait *a priori* conduire à un contrôle concret suffisant du point de vue des droits fondamentaux mais non excessif du point de vue de l'objectif de primauté, d'efficacité et d'uniformité du DUE.

Au niveau européen, cette protection autonome « concurrence » en particulier celle assurée par le système de la Convention européenne des droits de l'homme. La question est alors de savoir comment la CEDH appréhende la revendication des spécificités et de l'autonomie de la coopération judiciaire pénale de l'UE à travers la protection autonome et adaptée des DFUE **(b)**. La CourEDH reconnaît en principe l'autonomie du droit de l'Union mais contrôle tout de même indirectement le caractère suffisant de la protection offerte dans le cadre de la mise en œuvre du MAE à travers la marge d'appréciation laissée aux autorités judiciaires des Etats membres. La CourEDH pose des exigences en matière de protection qui priment sur l'autonomie et la primauté du DUE en cas de contrariété. Ces exigences contredisent en partie la volonté de la CJUE d'encadrer très strictement le contrôle concret du respect des droits fondamentaux par les autorités judiciaires. La primauté du DUE tel qu'interprété par la CJUE est donc conditionnée à un respect aménagé des droits fondamentaux de la CEDH. L'évaluation, adaptée mais réelle de la CourEDH fait *in fine* des droits fondamentaux de l'UE un vecteur limité d'autonomie du DUE.

a) Le resserrement de la marge d'appréciation par la Cour de justice de l'Union : une standardisation renforcée de la protection autonome des droits fondamentaux

La CJUE donne certes de nouvelles prérogatives aux autorités judiciaires nationales en matière de contrôle concret du respect des droits fondamentaux⁹⁷⁴ mais celles-ci sont strictement encadrées. La marge d'appréciation de ces autorités judiciaires varie en fonction de son impact éventuel sur l'objectif d'efficacité, bien que la CJUE recherche un niveau suffisamment élevé de protection. Il existe ainsi une forme de gradation de la protection concrète des droits fondamentaux de l'Union. Cette partie en donnera quelques illustrations non-exhaustives mais pertinentes.

L'encadrement de la marge d'appréciation concerne l'application du motif autonome de non-exécution reconnu dans l'arrêt *Aranyosi* et ses suites⁹⁷⁵. Cet encadrement provient de la méthodologie dégagée par la CJUE qui s'impose aux autorités judiciaires des Etats membres en raison du principe de primauté du DUE. Le déclenchement de l'obligation de contrôle est conditionné à un facteur extérieur à l'action ou la volonté de l'autorité judiciaire d'exécution⁹⁷⁶. L'autorité judiciaire exerce son pouvoir d'appréciation en deux étapes⁹⁷⁷, selon des critères strictement définis par la CJUE⁹⁷⁸. La CJUE a ainsi défini l'étendue et le degré du contrôle que peut opérer l'autorité judiciaire d'exécution. L'autorité judiciaire est aussi d'abord obligée de reporter la remise et de demander des informations supplémentaires avant d'apprécier de façon définitive si le risque réel persiste et de pouvoir refuser la remise⁹⁷⁹. L'autorité judiciaire d'émission est

⁹⁷⁴ M. FARTUNOVA-MICHEL, « La fonction juridictionnelle et le mandat d'arrêt européen : la contribution des juges à la construction d'une Union de droit ? », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 95 à 101. La CJUE avait commencé à donner une petite marge d'appréciation des autorités judiciaire d'exécution lorsqu'elle a accepté le contrôle de la conformité du maintien en détention en vue de la remise à l'article 6 CDFUE dans l'affaire *Lanigan*. Dans la cadre de l'application d'un motif de refus relatif aux droits fondamentaux, cette marge d'appréciation, bien qu'encadrée, est importante et doit donner un réel rôle de garant aux autorités judiciaires d'exécution. La relativité de cette marge d'appréciation fera l'objet d'une critique *infra* dans la sous-partie b) de la présente section.

⁹⁷⁵ La critique de la méthodologie *Aranyosi* fait l'objet d'une critique spécifique dans le cadre de la Partie II Chapitre 1 Section 2 de la présente thèse.

⁹⁷⁶ Point 60 de l'arrêt *LM*.

⁹⁷⁷ La CJUE a particulièrement insisté sur ce point dans l'arrêt *L et P*, point 52.

⁹⁷⁸ Points 91 à 100 de l'arrêt *ML*, confirmation points 71 à 77 de l'arrêt *Dorobantu*. La CJUE a dégagé les critères d'examen de la conformité des conditions de détention à la dignité humaine et à l'interdiction de l'article 4 CDFUE.

⁹⁷⁹ Point 98 de l'arrêt *Aranyosi*, point 65 de l'arrêt *ML*.

même en principe privée de la possibilité de refus si une assurance « judiciaire » a été donnée afin de pallier le risque individuel⁹⁸⁰.

La CJUE décide également au cas par cas quel droit fondamental est susceptible d'être protégé par l'autorité judiciaire d'exécution sur le fondement de l'article 1§3 DC MAE. Dans l'arrêt *Piotrowski*⁹⁸¹, la Cour a refusé d'étendre le motif autonome de refus à l'article 24 de la CDFUE⁹⁸², relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette solution conduit à limiter la marge d'appréciation des autorités judiciaires en la situant dans le cadre du motif obligatoire de non-exécution spécifique prévu à l'article 3(3) DC, strictement interprété⁹⁸³. La protection concrète suffisante de l'intérêt supérieur de l'enfant est ainsi en vérité minimum⁹⁸⁴. Le contrôle que peut opérer l'autorité judiciaire d'exécution n'est qu'un simple contrôle *in abstracto* de l'âge légal. Conformément à l'objectif d'efficacité⁹⁸⁵, la présomption de confiance mutuelle⁹⁸⁶ impose au contrôle de l'autorité judiciaire d'exécution de rester restreint⁹⁸⁷ afin de ne pas réopérer un examen concret et au fond qui se substituerait à celui de l'Etat membre d'émission⁹⁸⁸ et qui allongerait le temps

⁹⁸⁰ Point 112 de l'arrêt *ML*, point 68 de l'arrêt *Dorobantu*. Voir *infra* développement sur les assurances Partie II Chapitre I Section 2 de la présente thèse.

⁹⁸¹ CJUE (grande chambre), 23 janvier 2018, *Dawid Piotrowski*. Affaire C-367/16. Ci-après « l'arrêt *Piotrowski* ».

⁹⁸² Point 49 de l'arrêt *Piotrowski*.

F. GAZIN rappelle que l'avocat général Bot proposait une approche beaucoup plus respectueuse des droits de l'enfant (*concl. Y. Bot, pt 51*) : voir F. GAZIN, « Motif obligatoire de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen : Droits des enfants dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen : retour de la jurisprudence Melloni », *Europe* n° 3, Mars 2018, commentaire n°109. Voir aussi F. GAZIN et C. HAGUENAU-MOIZARD, « La Cour de justice de l'Union et le voleur de bicyclette : une occasion manquée d'étendre la jurisprudence Aranyosi », *RTD Eur.*, 2019, pages 351 à 355.

⁹⁸³ Voir notamment points 38, 39 et 59 de l'arrêt *Piotrowski*.

F. GAZIN, « Motif obligatoire de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen : Droits des enfants dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen : retour de la jurisprudence Melloni », *Europe* n° 3, Mars 2018, commentaire n°109.

⁹⁸⁴ Point 37 de l'arrêt *Piotrowski*, la CJUE affirme que malgré l'absence d'un motif de non-exécution relatif à l'ensemble des mineurs, la directive « enfant » offre « néanmoins » une protection.

D. SAYERS, « Standing up for children? The Directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings », *EU Law Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/12/standing-up-for-children-directive-on.html>, 2015, dernière consultation décembre 2019.

⁹⁸⁵ Voir notamment points 46, 47, 48 et 54 de l'arrêt *Piotrowski*.

⁹⁸⁶ Point 50 de l'arrêt *Piotrowski*.

⁹⁸⁷ Points 57 et 58 de l'arrêt *Piotrowski*.

⁹⁸⁸ Points 51 et 52 de l'arrêt *Piotrowski*.

F. GAZIN, « Motif obligatoire de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen : Droits des enfants dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen : retour de la jurisprudence Melloni », *Europe* n° 3, Mars 2018, commentaire n°109.

d'exécution du MAE⁹⁸⁹. La CJUE écarte ainsi tout examen personnalisé et toutes conditions supplémentaires qui subordonneraient la possibilité concrète de poursuite et de condamnation d'un mineur⁹⁹⁰. La protection concrète autonome de l'intérêt supérieur de l'enfant est alors assurée dans le cadre de la directive « enfant »⁹⁹¹. La CJUE retient surtout de celle-ci la possibilité de poursuivre les mineurs pénalement responsables⁹⁹² plutôt que l'adaptation de la réponse pénale⁹⁹³. S'agissant d'une directive et de standards minimaux, les Etats membres peuvent adopter une approche plus protectrice mais pas vis-vis des autres Etats membres⁹⁹⁴. L'interaction de la directive avec le système du MAE contrecarre la possibilité de standards de protection plus élevés que ceux de la directive en raison de la limite posée par le principe de primauté, l'uniformité et l'effectivité du droit de l'Union, conformément à la jurisprudence *Melloni*⁹⁹⁵. La protection concrète standardisée est ainsi possiblement inférieure à celle nationale de l'autorité judiciaire d'exécution. Cette solution ne prend pas non plus en compte le fait que certains Etats membres n'ont pas défini d'âge seuil à partir duquel le mineur est responsable et exigent l'appréciation de la faculté de discernement. En France, un âge minimum de 13 ans a alors spécialement été imposé concernant la mise en œuvre du MAE à l'article 695-22 3° CPP⁹⁹⁶. En Allemagne, la responsabilité pénale d'un mineur est possible à

⁹⁸⁹ Points 55, 56 et 59 de l'arrêt *Piotrowski*.

⁹⁹⁰ Point 39 de l'arrêt *Piotrowski*.

⁹⁹¹ Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.

⁹⁹² Voir notamment point 37 de l'arrêt *Piotrowski*.

⁹⁹³ F. GAZIN et C. HAGUENAU-MOIZARD, « La Cour de justice de l'Union et le voleur de bicyclette : une occasion manquée d'étendre la jurisprudence *Aranyosi* », *RTD Eur.*, 2019, pages 351 à 355.

⁹⁹⁴ Voir en écho le considérant 67 de la directive (UE) 2016/800.

⁹⁹⁵ Voir *supra*.

F. GAZIN parle d'une exhumation de la jurisprudence *Melloni* sans la citer dans F. GAZIN, « Motif obligatoire de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen : Droits des enfants dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen : retour de la jurisprudence *Melloni* », *Europe* n° 3, Mars 2018, commentaire n°109.

⁹⁹⁶ E. LOFREDI, « L'arrêt David Piotrowski de la Cour de justice : confiance mutuelle 1 – spécificité du droit pénal des mineurs 0 », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/05/03/informations-generales/larret-david-piotrowski-de-la-cour-de-justice-confiance-mutuelle-1-specificite-du-droit-penal-des-mineurs-0/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

Voir concernant l'âge seuil : D. BRACH-THIEL, « Remise d'un mineur dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen, Décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne le 23-01-2018 n° C-367/16 », *AJ Pénal*, 2018, pages 260 à 261.

partir de 14 ans mais peut être écartée en raison de son « *immaturité* »⁹⁹⁷. Selon la jurisprudence de la CJUE, les autorités allemandes devraient uniquement contrôler que le mineur a bien atteint l'âge légal.

Une limitation intervient également en dehors du domaine des motifs de refus, comme dans l'arrêt *TC*⁹⁹⁸ où la CJUE s'est assurée d'encadrer la marge d'appréciation de l'autorité judiciaire d'exécution lorsqu'elle contrôle la conformité du maintien en détention de la personne à remettre.

Le dépassement des délais d'exécution de l'article 17 de la DC MAE⁹⁹⁹ ne remet pas en cause l'obligation d'exécution de l'article 1(2) DC MAE¹⁰⁰⁰ ni la possibilité de maintenir en détention la personne dont la remise est demandée de l'article 12 DC MAE¹⁰⁰¹. Le dépassement des délais ne donne donc pas une marge d'appréciation plus grande aux autorités judiciaires, celle-ci est toujours strictement encadrée. Les autorités judiciaires d'exécution ne peuvent pas décider d'une mise en liberté provisoire automatique¹⁰⁰². D'ailleurs, toute mise en liberté provisoire doit être assortie des mesures nécessaires en vue d'éviter la fuite ainsi que le maintien des conditions matérielles nécessaires à la remise effective¹⁰⁰³. La DC MAE s'oppose donc notamment à l'application d'une disposition nationale qui prévoit une obligation générale et inconditionnelle de remise en liberté d'une personne arrêtée en vertu d'un MAE par les autorités judiciaires d'exécution à l'issue d'un délai de 90 jours et alors même qu'il existe un risque sérieux de fuite qui ne peut pas être ramené à un niveau acceptable par des

⁹⁹⁷ E. LOFREDI, « L'arrêt David Piotrowski de la Cour de justice : confiance mutuelle 1 – spécificité du droit pénal des mineurs 0 », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/05/03/informations-generales/larret-david-piotrowski-de-la-cour-de-justice-confiance-mutuelle-1-specificite-du-droit-penal-des-mineurs-0/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

⁹⁹⁸ CJUE (première chambre), 12 février 2019, *TC*. Affaire C-492/18 PPU. Ci-après « l'arrêt *TC* ».

⁹⁹⁹ Point 40 à 42 de l'arrêt *TC*, rappel du principe du respect des délais dans la lignée de la jurisprudence CJUE (grande chambre), *Lanigan*, 16 juillet 2015. Affaire C-237/15 PPU. point 29 à 33. Ci-après « l'arrêt *Lanigan* ». Voir commentaires F. GAZIN, « Droits fondamentaux et privation de liberté », *Europe* n° 10, Octobre 2015, commentaire n°366 et F. GAZIN, « Mandat d'arrêt européen - Droit à ne pas être privé de liberté », *Europe* n° 4, Avril 2019, commentaire n°149.

¹⁰⁰⁰ Point 47 de l'arrêt *TC*, points 34 à 42 de l'arrêt *Lanigan*.

¹⁰⁰¹ Points 44 à 48 de l'arrêt *TC*, points 44 et 52 de l'arrêt *Lanigan*.

¹⁰⁰² Point 50 de l'arrêt *Lanigan*.

¹⁰⁰³ Point 61 de l'arrêt *Lanigan*.

mesures adéquates¹⁰⁰⁴. Cela porterait atteinte à l'efficacité du système de remise¹⁰⁰⁵ et au principe de primauté du DUE, tel qu'interprété par la CJUE, qui pose précisément les conditions entourant la détention et la liberté provisoire. Une obligation d'interprétation conforme au DUE s'impose¹⁰⁰⁶.

Le maintien en détention par les autorités judiciaires d'exécution doit en même temps être conforme au droit à la liberté et à la sûreté de l'article 6 de la Charte¹⁰⁰⁷. Le degré de protection équivaut au « *seuil de protection minimale* »¹⁰⁰⁸ de l'article 5(1) de la CEDH, dont les exigences sont intégrées la protection autonome des droits fondamentaux de l'Union¹⁰⁰⁹. Le maintien en détention au-delà d'un délai de 90 jours est une atteinte grave au droit à la liberté et doit être soumis au respect de garanties strictes¹⁰¹⁰ : toute privation de liberté doit notamment « *trouver son fondement dans la loi nationale, (...) suffisamment accessible, précise et prévisible dans son application afin d'éviter tout risque d'arbitraire* »¹⁰¹¹.

Afin de combiner ces deux éléments, la CJUE a validé les normes de la DC MAE relatives à la mise en liberté et au maintien de la détention au regard de l'article 6 CDFUE¹⁰¹². L'article 12 DC MAE constitue une base légale et accessible¹⁰¹³ et l'interprétation des dispositions de la DC¹⁰¹⁴ par la CJUE¹⁰¹⁵ assure des règles claires et prévisibles relatives au maintien et à la durée de la détention d'une personne recherchée¹⁰¹⁶. La CJUE peut alors faire de la conformité du droit national des autorités

¹⁰⁰⁴ Voir points 50, 51 et 53 et première réponse du dispositif de l'arrêt TC.

¹⁰⁰⁵ Point 49 de l'arrêt TC.

¹⁰⁰⁶ F. GAZIN, « Mandat d'arrêt européen - Droit à ne pas être privé de liberté », *Europe* n° 4, Avril 2019, commentaire n°149.

¹⁰⁰⁷ Points 55 et 56 de l'arrêt TC.

¹⁰⁰⁸ Point 57 de l'arrêt TC.

¹⁰⁰⁹ Point 57 de l'arrêt TC.

¹⁰¹⁰ Point 60 de l'arrêt TC.

¹⁰¹¹ Point 58 de l'arrêt TC.

¹⁰¹² Mise en lumière du contrôle du DUE par rapport à l'article 6 CDFUE chez J. GRAAT, « Prison Break? The CJEU rules on clashing EU and national law obligations on detention time limits », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/02/prison-break-cjeu-rules-on-clashing-eu.html>, 2019, dernière consultation décembre 2019.

¹⁰¹³ Point 61 de l'arrêt TC.

¹⁰¹⁴ Point 62 de l'arrêt TC.

¹⁰¹⁵ Points 63 et 64 de l'arrêt TC.

¹⁰¹⁶ Point 65 de l'arrêt TC.

judiciaires d'exécution aux règles de la DC un élément d'évaluation de la conformité du droit national aux droits fondamentaux de l'Union.

Ainsi, si la disposition nationale prise isolément était conforme à l'article 6 CDFUE¹⁰¹⁷, le droit de la DC MAE s'y oppose néanmoins¹⁰¹⁸ et exige une interprétation conforme¹⁰¹⁹. Les interprétations différentes proposées par les autorités judiciaires nationales étaient cependant divergentes et n'étaient pas totalement convaincante¹⁰²⁰. En essayant et en échouant à respecter l'obligation d'interprétation conforme découlant du principe de primauté, ces interprétations conduisent finalement à la violation des exigences de clarté et de prévisibilité¹⁰²¹ et à la non-conformité du droit national interprété au droit à la liberté garanti par la CDFUE¹⁰²². Les tentatives échouées et divergentes d'interprétation conforme qui relevaient d'abord de la question de l'efficacité du MAE ont été intégrées dans celle du respect des droits fondamentaux de l'UE¹⁰²³. Le non-respect des exigences attachées au respect du droit à la liberté a permis d'écartier la question d'une possible interprétation *contra legem* de la règle nationale¹⁰²⁴ tout en amenant au respect de la primauté du droit de l'Union¹⁰²⁵. La marge d'appréciation des autorités judiciaires d'exécution en matière de détention et de mise en liberté provisoire a ainsi été largement encadrée. Les Etats membres et les autorités judiciaires auront beaucoup de mal à s'éloigner de la stricte application des règles de la DC, telles qu'interprétées en la matière.

¹⁰¹⁷ Point 61 de l'arrêt *TC*.

¹⁰¹⁸ Point 66 de l'arrêt *TC*.

¹⁰¹⁹ Points 67, 68 de l'arrêt *TC*, voir développement *supra*.

¹⁰²⁰ Points 70 à 75 de l'arrêt *TC*.

¹⁰²¹ Référence aux points 59 et 60, confirmé par le point 76 de l'arrêt *TC*.

¹⁰²² Point 77 de l'arrêt *TC*.

¹⁰²³ Point 77 de l'arrêt *TC*. En effet, cette jurisprudence n'assure toujours pas la conformité de la disposition nationale à la DC MAE telle qu'interprétée par la CJUE et conduit potentiellement à des durées de maintien en détention différentes.

Insistance sur la question de la conformité à l'article 6 CDFUE dans J. GRAAT, « Prison Break? The CJEU rules on clashing EU and national law obligations on detention time limits », *EU Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/02/prison-break-cjeu-rules-on-clashing-eu.html>, 2019, dernière consultation décembre 2019.

¹⁰²⁴ J. GRAAT, « Human rights v the European Arrest Warrant? The legality of surrender detention after 90 days », *EU Law Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/10/human-rights-v-european-arrest-warrant.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019.

¹⁰²⁵ Une intervention du législateur national est nécessaire selon F. GAZIN, « Mandat d'arrêt européen - Droit à ne pas être privé de liberté », *Europe* n° 4, Avril 2019, commentaire n°149.

Ensuite, la limitation de marge d'appréciation des autorités judiciaires d'exécution passe aussi par la définition de notions autonomes¹⁰²⁶. L'adoption d'une notion autonome découle des exigences de l'application uniforme du droit de l'Union et du principe d'égalité, qui renvoient à la primauté, l'efficacité et l'autonomie du DUE¹⁰²⁷. Les préoccupations mises en avant par la CJUE dans sa définition, entre efficacité et respect des droits fondamentaux, déterminent l'étendue de la marge de manœuvre.

Dans l'arrêt *Dworzecki*¹⁰²⁸, la CJUE interprète de façon autonome les notions de « *citation en justice* » et de « *notification officielle par d'autres moyens* » de l'article 4 bis. Ces notions visent la définition de « *motifs de non-reconnaissance, précis et communs* »¹⁰²⁹. La définition des notions poursuivent alors un double objectif¹⁰³⁰ : celui de « *permettre à l'autorité d'exécution de procéder à la remise de l'intéressé (...) tout en respectant pleinement les droits de la défense* »¹⁰³¹.

Les éléments caractéristiques de ces notions prennent alors en considération le caractère limité, conditionné et facultatif du motif de refus¹⁰³², c'est-à-dire le possible maintien/retour de l'obligation d'exécution¹⁰³³. Ces éléments détermineront ainsi la facilité plus ou moins importante d'écarter l'application du motif de refus¹⁰³⁴. D'autre part, les

¹⁰²⁶ Sur l'impact de l'eupéanisation du droit, notamment par l'adoption de notions autonomes, afin de favoriser l'efficacité du DUE/MAE voir notamment : R. COLSON and S. FIELD, « Chapitre 10 : Domesticating the EAW : European Criminal Law between Fragmentation and Acculturation », in R. COLSON and S. FIELD, *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity : Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1ère édition, 2016, pages 199 à 220 ; V. MITSILEGAS, « Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe's area of criminal justice », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 45 à 78.

¹⁰²⁷ Points 28 à 31 de l'arrêt *Dworzecki*, points 35 à 37 de l'arrêt *JZ*. Voir l'importance de l'absence de renvoi aux droits nationaux quant au sens et à la portée de la disposition : F. GAZIN, « Motif facultatif de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen », *Europe* n° 7, Juillet 2016, commentaire n°235.

¹⁰²⁸ CJUE (quatrième chambre), 24 mai 2016, *Pawel Dworzecki*. Affaire C-108/16 PPU.

¹⁰²⁹ Point 31 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰³⁰ Point 39 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰³¹ Point 37 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰³² Point 34 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰³³ Point 35 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰³⁴ Point 36 de l'arrêt *Dworzecki*.

modalités de citation prévues visent à garantir un niveau de protection élevé¹⁰³⁵ des droits de la défense¹⁰³⁶ par un renoncement conforme à son droit d'être présent au procès¹⁰³⁷.

Afin de concilier ces différents aspects, la CJUE insiste sur la finalité de la citation, c'est-à-dire disposer effectivement de l'information relative à la date et au lieu de son procès¹⁰³⁸, plutôt que sur les moyens¹⁰³⁹. La Cour esquisse les contours d'un standard de protection *a priori* plutôt élevé, allant au-delà des prescriptions de la CourEDH qui exige simplement « *une connaissance suffisante des poursuites et des accusations à son égard* »¹⁰⁴⁰. Le « *même niveau élevé de protection* » assuré dans la définition des notions oblige finalement l'autorité judiciaire d'exécution à accepter plusieurs moyens de citation, éventuellement inconnu dans son droit interne¹⁰⁴¹. La citation indirecte est par exemple possible¹⁰⁴² tant qu'il est établi de manière non équivoque que la tierce personne a effectivement remis la citation à l'intéressé¹⁰⁴³. En outre, en raison du caractère facultatif du motif de non-exécution¹⁰⁴⁴, une citation non-conforme n'écarte pas toute possibilité de remise tant que les droits de la défense sont respectés¹⁰⁴⁵. L'autorité judiciaire d'exécution *peut* compenser une citation non-conforme au regard d'autres circonstances¹⁰⁴⁶. Elle peut par exemple prendre en compte le fait que le droit national de l'État membre d'émission accorde en toute hypothèse le droit de demander une nouvelle procédure de jugement lorsque la signification de la citation est indirecte¹⁰⁴⁷. Le

¹⁰³⁵ Point 37 de l'arrêt *Dworzecki*.

F. GAZIN, « Motif facultatif de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen », *Europe* n° 7, Juillet 2016, commentaire n°235.

¹⁰³⁶ Point 38 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰³⁷ Points 42, 43 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰³⁸ Points 45 et 46 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰³⁹ Point 44 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰⁴⁰ F. GAZIN, « Motif facultatif de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen », *Europe* n°7, Juillet 2016, commentaire n°235. La jurisprudence de la CourEDH visée est la suivante : CEDH (grande chambre), 1er mars 2006, *Sedjovic c. Italie*, (Requête n° 56581/00).

¹⁰⁴¹ Point 46 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰⁴² Point 48 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰⁴³ Point 49 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰⁴⁴ Points 50 et 51 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰⁴⁵ Point 50 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰⁴⁶ Point 50 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰⁴⁷ Point 52 de l'arrêt *Dworzecki*.

comportement de l'intéressé peut aussi jouer un rôle particulier¹⁰⁴⁸. Le défaut manifeste de diligence, lorsqu'il a cherché à échapper à la signification, est un élément important¹⁰⁴⁹. Le renversement de l'obligation de diligence vers le requérant¹⁰⁵⁰ semble être la principale leçon retenue par la CJUE¹⁰⁵¹ de l'arrêt *Avotiņš* de la CourEDH¹⁰⁵² alors que cet arrêt portait surtout un regard critique sur le mécanisme de reconnaissance mutuelle. Ainsi, en raison des critères de contrôle donnés aux autorités judiciaires d'exécution aux travers de ces notions autonomes lorsqu'elles observent le respect des droits de la défense, la CJUE encourage la remise¹⁰⁵³. La notion autonome combine efficacité du MAE et protection concrète *adaptée* des droits fondamentaux¹⁰⁵⁴.

Dans l'arrêt *JZ*¹⁰⁵⁵, la CJUE a retenu une notion autonome de la « *détention* » de l'article 26(1) DC MAE, aux termes desquels « *l'État membre d'émission déduit de la durée totale de privation de liberté (...) toute période de détention résultant de l'exécution d'un MAE* ». Elle a cette fois déterminé une marge assez importante des autorités judiciaires dans la préservation du droit à la liberté consacré à l'article 6 CDFUE, et de l'effet utile du principe de proportionnalité des peines, article 49(3) CDFUE¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁴⁸ Point 50 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰⁴⁹ Point 51 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰⁵⁰ Points 123 et 124 de l'arrêt de la CEDH (grande chambre), 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*, (Requête n°17502/07).

¹⁰⁵¹ L. MILANO, « Protection des droits fondamentaux et mécanisme de reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne », *La Semaine juridique, Edition générale*, 25 juillet 2016, pages 1522 à 1527. Voir aussi *infra*. Cet arrêt portait surtout un regard critique sur le mécanisme de reconnaissance mutuelle dans le domaine de la coopération judiciaire civile.

¹⁰⁵² CEDH (grande chambre), 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*, (Requête n°17502/07).

¹⁰⁵³ Point 53 de l'arrêt *Dworzecki*.

¹⁰⁵⁴ La CJUE confirmera son approche lorsqu'elle interprétera la notion autonome de « *procès qui a mené à la décision* » de l'article 4 bis(1) DC MAE dans ses arrêts *Tupikas* et *Zdziaszek* : CJUE (cinquième chambre), 10 août 2017, *Tupikas*. Affaire C-270/17 PPU et CJUE (cinquième chambre), 10 août 2017, *Zdziaszek*. Affaire C-271/17 PPU. Voir à ce sujet F. GAZIN, « Motif facultatif de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen », *Europe* n°10, Octobre 2017, commentaire n°356.

¹⁰⁵⁵ CJUE (quatrième chambre), 28 juillet 2016, *JZ contre Prokuratura Rejonowa Łódź – Śródmieście*. Ci-après « l'arrêt *JZ* ». Voir à ce sujet : V. MITSILEGAS, « Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe's area of criminal justice », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 45 à 78.

¹⁰⁵⁶ Point 42 de l'arrêt *JZ* : Objectif général de respect des droits fondamentaux rappelé *via* la références au considérant (12) et à l'article 1(3) DC MAE, et mention des droits spécifiquement visés. Voir aussi F. GAZIN, « Notion de détention », *Europe* n° 10, Octobre 2016, commentaire n°341.

La « *détention* »¹⁰⁵⁷ renvoie à une situation d'enfermement ou d'incarcération, et non à une simple restriction à la liberté de mouvement¹⁰⁵⁸. La CJUE se focalise néanmoins sur l'*effet* privatif de liberté des mesures¹⁰⁵⁹ et le degré d'intensité¹⁰⁶⁰ de la ou les mesures¹⁰⁶¹. La « *détention* » peut ainsi consister en un « *emprisonnement au sens strict* » mais aussi, « *dans des cas exceptionnels, d'autres mesures qui (...) sont à ce point contraignantes qu'elles doivent être assimilées à une telle incarcération* »¹⁰⁶². La souplesse introduite dans la notion de « *détention* »¹⁰⁶³ est *a priori* favorable au respect du droit à la liberté et le principe de proportionnalité des peines puisqu'elle prend en compte différentes formes de détention pendant la procédure d'exécution du MAE dont la durée doit obligatoirement être déduite dans sa totalité de celle de la peine prononcée dans l'Etat membre d'Emission¹⁰⁶⁴. La protection autonome incombe cependant aux autorités judiciaires d'émission. La qualification en tant que mesure de détention exige un contrôle concret des autorités judiciaires d'*émission*¹⁰⁶⁵ au regard du genre, de la durée, des effets et des modalités d'exécution de ces mesures¹⁰⁶⁶. Cette protection autonome¹⁰⁶⁷ est considérée comme cohérente¹⁰⁶⁸ avec celle de l'article 5(1) CEDH¹⁰⁶⁹. La CJUE ne permet cependant pas la prise en compte de la législation de l'Etat membre

¹⁰⁵⁷ Ou de « *privation de liberté* », les deux notions étant interchangeables point 40 de l'arrêt *JZ*.

¹⁰⁵⁸ Point 40 de l'arrêt *JZ*.

¹⁰⁵⁹ Point 44 de l'arrêt *JZ*.

¹⁰⁶⁰ Points 44 et 47 de l'arrêt *JZ*.

¹⁰⁶¹ Point 47 de l'arrêt *JZ*, il n'est pas forcément nécessaire d'avoir une accumulation de mesures mais cet effet cumulatif est pris en compte.

¹⁰⁶² Point 44 et insistance au point 45 de l'arrêt *JZ*.

¹⁰⁶³ Point 46 de l'arrêt *JZ*.

¹⁰⁶⁴ Points 53 et 57 de l'arrêt *JZ*.

¹⁰⁶⁵ Point 51 de l'arrêt *JZ*, « *il convenait de partir de sa situation concrète et de prendre en compte un ensemble de critères* ».

¹⁰⁶⁶ Point 44 de l'arrêt *JZ*.

¹⁰⁶⁷ Point 50 de l'arrêt *JZ*, « *sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne* ».

¹⁰⁶⁸ Points 49 de l'arrêt *JZ* : « *dans la mesure où cette dernière contient des droits correspondant à des droits garantis par la CEDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère cette convention* » et 50 de l'arrêt *JZ* : « *assurer la cohérence nécessaire entre les droits contenus dans la Charte et les droits correspondants garantis par la CEDH* ».

¹⁰⁶⁹ Points 48 et 51 à 52 de l'arrêt *JZ*.

d'exécution ni l'opinion de ses autorités judiciaires d'exécution quant à la qualification à retenir¹⁰⁷⁰.

Le degré d'intensité exigé de la mesure et les critères posés encadrent encore la marge d'appréciation de l'autorité judiciaire d'émission qui ne peut s'appuyer sur son droit national pour qualifier plus largement ou strictement les mesures. Le droit national de l'Etat membre d'émission a cependant la faculté de déduire tout ou partie de la période d'application de mesures *restrictives* de liberté dans l'Etat membre d'exécution¹⁰⁷¹. Le principe de primauté et le caractère autonome de la protection dégagée ne portent que sur la notion de « *détention* » et sur l'obligation de déduction des périodes de « *détention* ». Il n'existe pas de règle au sujet de la déduction des périodes restrictives de liberté. L'efficacité de la DC MAE et l'autonomie du DUE n'est alors pas relise en cause.

Enfin, dans l'arrêt *Gavanozov II*¹⁰⁷², la CJUE a imposé à l'Etat d'émission de prévoir une voie de recours contre l'émission d'une DEE ayant pour objet la réalisation de certaines mesures d'enquête spécifiques¹⁰⁷³. C'est une décision particulièrement favorable à la protection autonome et concrète des droits fondamentaux de l'UE mais qui répond *in fine* à l'objectif d'efficacité de la DEE. En particulier, elle permet de prévenir et donc de limiter le contrôle des autorités judiciaires d'exécution.

La CJUE est allée au-delà du principe d'équivalence des voies de recours de la directive DEE¹⁰⁷⁴ au nom de la protection concrète et effective des droits fondamentaux de l'Union¹⁰⁷⁵. Conformément au droit à un recours effectif de l'article 47(1) *CFUE*¹⁰⁷⁶, les Etats membres doivent assurer un droit à un recours effectif devant un tribunal à toute

¹⁰⁷⁰ Alors que le droit national de l'Etat membre d'exécution était mentionné dans le résumé de l'affaire, la CJUE n'y fait plus du tout référence dans son développement.

¹⁰⁷¹ Point 55 de l'arrêt *JZ*. L'article 26(1) et la notion de « *détention* » se limitent pourtant à imposer un « *niveau de protection minimal* ».

¹⁰⁷² CJUE (première chambre), 11 novembre 2021, *Gavanozov contre Bulgarie*. Affaire C-852/19. Ci-après « l'arrêt *Gavanozov II* ».

¹⁰⁷³ Question posée au point 24 et réponse donnée au point 50 de l'arrêt *Gavanozov II*.

¹⁰⁷⁴ Principe d'équivalence dont les limites sont démontrées aux points 25 à 27 de l'arrêt *Gavanozov II*. Sur le silence de la directive concernant des voies de recours supplémentaires voir J. TRIBOUT, « Décision d'enquête pénale européenne », *Europe* n° 1, Janvier 2022, commentaire n°12.

¹⁰⁷⁵ Points 28 et 29 de l'arrêt *Gavanozov II*.

J. TRIBOUT, « Décision d'enquête pénale européenne », *Europe* n° 1, Janvier 2022, commentaire n°12.

¹⁰⁷⁶ Points 28 et 29 de l'arrêt *Gavanozov II*.

personne dont les droits et les libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés¹⁰⁷⁷. Cette solution est cohérente avec la protection garantie par la CEDH¹⁰⁷⁸ mais surtout conforme au système simplifié et efficace de la DEE¹⁰⁷⁹. En effet, l'autorité judiciaire d'exécution est limitée dans son contrôle¹⁰⁸⁰ et n'a pas la compétence pour connaître des recours contre les motifs de fond à l'origine de la DEE¹⁰⁸¹. L'objectif d'efficacité du système de transmission de la preuve conduit à confier la responsabilité de ces recours à l'Etat membre d'émission alors limité dans son autonomie procédurale¹⁰⁸².

L'absence de voie de recours dans l'Etat d'émission conduit à l'impossibilité pour l'autorité judiciaire d'émission d'émettre une DEE plutôt que la possibilité pour l'autorité judiciaire d'exécution de refuser son exécution¹⁰⁸³. C'est à l'Etat membre d'émission de « *créer les conditions de la confiance mutuelle* » et de permettre une « *assistance conforme* » au DUE(DFUE compris) de l'autorité judiciaire d'exécution¹⁰⁸⁴ par la mise en place d'une voie de recours appropriée¹⁰⁸⁵. Ainsi, au regard de la réfragabilité de la présomption de confiance mutuelle¹⁰⁸⁶, l'impossibilité de contester la nécessité et la régularité de la DEE constitue une violation du droit à un recours effectif « *de nature à exclure que la reconnaissance mutuelle puisse être mise en œuvre et profiter à cet Etat membre* »¹⁰⁸⁷. La confiance mutuelle est ici envisagée comme le résultat de la protection

¹⁰⁷⁷ Point 30 de l'arrêt *Gavanozov II*.

¹⁰⁷⁸ Point 34 de l'arrêt *Gavanozov II*.

¹⁰⁷⁹ Points 35 à 38 de l'arrêt *Gavanozov II*.

Conformité au mécanisme de reconnaissance mutuelle : voir J. TRIBOUT, « Décision d'enquête pénale européenne », *Europe* n° 1, Janvier 2022, commentaire n°12.

¹⁰⁸⁰ Point 39 de l'arrêt *Gavanozov II*.

¹⁰⁸¹ Points 40, 48 de l'arrêt *Gavanozov II*.

¹⁰⁸² Point 50 de l'arrêt *Gavanozov II*.

¹⁰⁸³ Question posée au point 51, réponse au point 62 de l'arrêt *Gavanozov II*.

¹⁰⁸⁴ Points 57 et 58 puis 60 de l'arrêt *Gavanozov II*, « *Partant (...), l'émission d'une décision d'enquête européenne dont il existe des motifs sérieux de croire que l'exécution aboutirait à une violation de l'article 47 de la Charte et dont l'exécution devrait donc être refusée par l'Etat membre d'exécution conformément à l'article 11, paragraphe 1, sous f), de cette directive n'est pas compatible avec les principes de confiance mutuelle et de coopération loyale* ».

¹⁰⁸⁵ Point 61 de l'arrêt *Gavanozov II*.

¹⁰⁸⁶ Points 52 (condition de proportionnalité de la DEE), 54 et 55 de l'arrêt *Gavanozov II*. J. TRIBOUT, « Décision d'enquête pénale européenne », *Europe* n° 1, Janvier 2022, commentaire n°12.

¹⁰⁸⁷ Point 56 de l'arrêt *Gavanozov II*.

juridictionnelle effective des droits fondamentaux dans l'Etat membre d'émission¹⁰⁸⁸. Par cette solution, la CJUE réduit aussi le risque d'application systématique du motif de refus de l'article 11(1)f de la directive, qui réduirait excessivement l'efficacité de la DEE¹⁰⁸⁹. Le résultat ne conduit pas à une augmentation de la marge d'appréciation des autorités judiciaires d'exécution mais vise au contraire à prévenir son utilisation grâce un degré de protection relevé.

Le resserrement de la marge d'appréciation des autorités judiciaires d'exécution s'intègre dans la protection autonome suffisante des droits fondamentaux de l'Union et vise à conforter l'efficacité et l'autonomie de la coopération judiciaire pénale de l'Union.

Le caractère suffisant de la protection autonome des droits fondamentaux sera cependant contrôlé au regard de cette même marge par la CourEDH. La CourEDH conditionne l'autonomie du droit de la coopération judiciaire pénale de l'UE au respect d'exigences en matière de droits fondamentaux de la CEDH malgré l'affirmation du principe de primauté du DUE par la CJUE.

¹⁰⁸⁸ Le principe de coopération loyale constitue ici « l'autre versant » de la confiance mutuelle, qui vise l'Etat membre qui doit mériter la confiance.

¹⁰⁸⁹ Voir notamment point 59 de l'arrêt *Gavanozov II* : « En outre (...), la directive 2014/41 est fondée sur le principe d'exécution des décisions d'enquête européenne. Son article 11, paragraphe 1, sous f), permet aux autorités d'exécution de déroger à ce principe, à titre exceptionnel, après une appréciation au cas par cas, lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire que l'exécution d'une décision d'enquête européenne serait incompatible avec les droits fondamentaux garantis, notamment, par la Charte. Toutefois, en l'absence de toute voie de recours dans l'État d'émission, l'application de cette disposition deviendrait systématique. Une telle conséquence serait contraire, à la fois, à l'économie générale de la directive 2014/41 et au principe de confiance mutuelle ».

b) Le contrôle de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'Homme

La CourEDH reconnaît en principe les spécificités du droit de la coopération judiciaire pénale de l'UE. Cette reconnaissance n'est cependant pas illimitée et inconditionnelle : la CourEDH a progressivement clarifié les conditions de sa reconnaissance dans le cadre du MAE¹⁰⁹⁰. La CourEDH cherche à concilier les garanties minimales en matière de droits de l'Homme et les impératifs de primauté et d'uniformité du droit de l'UE¹⁰⁹¹. Cela ressort notamment de ses arrêts *Bosphorus*¹⁰⁹², *Michaud*¹⁰⁹³, *Avotiņš*¹⁰⁹⁴, *Pirozzi*¹⁰⁹⁵, *Romeo Castaño*¹⁰⁹⁶ et *Bivolaru et Moldovan*¹⁰⁹⁷.

La CourEDH opère un contrôle adapté des actions des Etats membres parties à la Convention¹⁰⁹⁸ lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union¹⁰⁹⁹ afin de limiter l'interférence de la CEDH sur le DUE. Cela vise notamment les décisions des autorités judiciaires des Etats membres en application de la DC MAE (et de la DEE), y compris par

¹⁰⁹⁰ Actualités Lexis 360, « Exécution d'un MAE : la CEDH précise les conditions d'application de la présomption de protection équivalente », *Dalloz Actualité*, le 28 mars 2021.
La CourEDH n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la mise en œuvre de la DEE.

¹⁰⁹¹ Voir point 1 de l'opinion concordante de l'arrêt *Castaño*. Voir notamment N. DAMINOVA, « The ECHR Preamble vs. the European Arrest Warrant: balancing Human Rights protection and the principle of mutual trust in EU Criminal Law? », *Review of European and Comparative Law*, Volume 49, n°2, 2022, pages 97 à 131.

¹⁰⁹² CEDH (grande chambre), 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, (Requête n°45036/98). Ci-après, « l'arrêt *Bosphorus* ». En matière de DUE en général.

¹⁰⁹³ CEDH (cinquième section), 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, (Requête n°12323/11). Ci-après « l'arrêt *Michaud* ». En matière de DUE en général.

¹⁰⁹⁴ CEDH (grande chambre), 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*, (Requête n°17502/07). Ci-après « l'arrêt *Avotiņš* ». En matière de coopération judiciaire civile.

¹⁰⁹⁵ CEDH (deuxième section), 17 avril 2018, *Pirozzi c. Belgique*, (Requête n°21055/11). Ci-après « l'arrêt *Pirozzi* ». En matière de coopération judiciaire pénale, le MAE.

¹⁰⁹⁶ CEDH (deuxième section), 9 juillet 2019, *Romeo Castaño c. Belgique*, (Requête n°8351/17). Ci-après « l'arrêt *Castaño* ». En matière de coopération judiciaire pénale, le MAE.

¹⁰⁹⁷ CEDH (cinquième section), 25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c. France*, (Requêtes n°40324/16 et 12623/17). Ci-après « l'arrêt *Moldovan* ». En matière de coopération judiciaire pénale, le MAE.

¹⁰⁹⁸ Voir § 152 et 153 de l'arrêt *Bosphorus*, § 101 de l'arrêt *Avotiņš*.

¹⁰⁹⁹ Voir § 101 de l'arrêt *Avotiņš*. Elle ne contrôle pas la bonne application du DUE par contre, voir §100 du même arrêt.

ricochet¹¹⁰⁰. Afin de concilier le respect de la CEDH et les spécificités, l'autonomie du DUE, la CourEDH a ainsi déterminé dans quelle mesure il est possible de justifier l'acte d'un Etat membre par le respect des obligations découlant pour lui de son appartenance à l'Union européenne sans que cela ne conduise à une exonération complète de responsabilité au regard de la Convention¹¹⁰¹. Le but est de maintenir un certain degré de protection¹¹⁰². Les droits de la CEDH ne permettent pas que la confiance mutuelle et la protection autonome « UE » soient seulement formelles et abstraites.

La CourEDH a posé une présomption réfragable de respect des droits fondamentaux garantis par la CEDH lorsque les autorités des Etats membres exécutent le DUE¹¹⁰³. Cette présomption se fonde elle-même sur l'existence d'une présomption d'équivalence entre la protection autonome « UE » et la protection du système de la CEDH¹¹⁰⁴. La CourEDH réduit alors l'intensité de son contrôle du respect des engagements résultant de la Convention par les Etats parties¹¹⁰⁵. L'Etat membre ne devrait ainsi pas avoir à choisir entre ses obligations résultant du DUE et celles provenant de son appartenance au système de la convention, violant ainsi l'un pour respecter l'autre¹¹⁰⁶.

La Cour est donc prête à cet aménagement dans la mesure où les droits et garanties dont elle assure le respect ont bénéficié d'un contrôle comparable au sien dans le cadre du DUE¹¹⁰⁷. Malgré la très grande mise en avant des spécificités du DUE lors de

¹¹⁰⁰ Voir § 57 de l'arrêt *Pirozzi* et § 97 de l'arrêt *Moldovan*. Transposition de la solution de la responsabilité par ricochet dans le cadre de l'extradition, dégagée dans l'arrêt CEDH (plénière), 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, (Requête n°14038/88).

¹¹⁰¹ Voir §154 de l'arrêt *Bosphorus* et §101, 102 de l'arrêt *Michaud*.

¹¹⁰² Dans le cadre de la coopération judiciaire pénale, la CourEDH envisage le principe de confiance mutuelle et la reconnaissance mutuelle comme des « modalités » de création de l'ELSJ qui « ne peuvent se heurter aux droits fondamentaux des personnes concernées par les mécanismes », notamment au regard de l'article 67(1) du TFUE, voir § 114 de l'arrêt *Avotiņš*.

¹¹⁰³ Voir § 155 de l'arrêt *Bosphorus*, § 103 de l'arrêt *Michaud*, § 97 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁰⁴ Voir § 155 de l'arrêt *Bosphorus*, § 103 de l'arrêt *Michaud*. Une protection identique n'est pas exigée afin de ne pas « aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi » qui prend en considération d'autres objectifs et intérêts que les seuls droits fondamentaux. Voir § 155 avec § 150 de l'arrêt *Bosphorus*.

¹¹⁰⁵ Voir §104 de l'arrêt *Michaud*.

¹¹⁰⁶ Voir §104 de l'arrêt *Michaud*.

¹¹⁰⁷ Voir §104 de l'arrêt *Michaud*. À défaut, l'Etat échapperait à tout contrôle international de la compatibilité de ses actes avec ses engagements résultant de la Convention.

l'avis 2/13 de la CJUE¹¹⁰⁸, la CourEDH a maintenu la présomption de protection équivalente lorsqu'elle s'est pour la première fois prononcée sur les mécanismes de reconnaissance mutuelle en matière de coopération judiciaire civile¹¹⁰⁹ puis pénale de l'UE¹¹¹⁰. La Cour s'est montrée consciente de l'importance des mécanismes de reconnaissance mutuelle et de la confiance mutuelle¹¹¹¹ et admet qu'en principe le DUE assure un *contrôle comparable* à travers sa protection des DFUE et la CDFUE¹¹¹².

L'équivalence de la protection est constatée au regard des « *garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect* »¹¹¹³. En matière de garanties substantielles, le constat d'équivalence vaut *a fortiori* depuis que la CDFUE a valeur de droit primaire et que les droits fondamentaux garantis par la Convention font partie du DUE en tant que principes généraux¹¹¹⁴. Aussi, la CourEDH accorde une importance et une signification particulières à l'article 52§3 CDFUE¹¹¹⁵ et responsabilise la CJUE quant à la réalisation du parallélisme et de l'équivalence des protections UE/CEDH lorsqu'elle définit la protection autonome des DFUE au regard de la CDFUE. D'autre part, le mécanisme de contrôle du respect des droits fondamentaux prévu par le DUE accorde une protection comparable à la Convention « *lorsqu'il a pu déployer*

¹¹⁰⁸ H. LABAYLE, « La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux ? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/droits-fondamentaux/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/>, 2014, dernière consultation novembre 2019. ; J.-S. BERGÉ, « Une, deux et... trois lectures : de l'avis 2/2013 (CJUE) à l'affaire Avotiņš (CEDH) », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/12/cooperation-judiciaire-civile/une-deux-et-trois-lectures-de-lavis-23013-ue-a-laffaire-Avotiņš-cedh/>, 2015, dernière consultation novembre 2019.

¹¹⁰⁹ Voir notamment § 112 de l'arrêt *Avotiņš*.

S. Ø. JOHANSEN, « EU law and the ECHR: the Bosphorus presumption is still alive and kicking - the case of *Avotiņš v. Latvia* », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/05/eu-law-and-echr-bosphorus-presumption.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

¹¹¹⁰ Voir notamment § 58 de l'arrêt *Pirozzi*.

F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique Union européenne et droits fondamentaux - Mandat européen, confiance mutuelle et présomption d'équivalence », *RTD Eur.*, 2019, pages 384 à 385.

¹¹¹¹ Voir § 113 de l'arrêt *Avotiņš*, § 59 de l'arrêt *Pirozzi*.

¹¹¹² Tel était déjà le cas à l'époque des premières affaires *Bosphorus* et *Michaud*, avant l'adoption et la valeur de droit primaire de la CDFUE : voir § 165 de l'arrêt *Bosphorus*, § 106 de l'arrêt *Michaud*.

¹¹¹³ Voir § 155 de l'arrêt *Bosphorus*.

¹¹¹⁴ Voir § 102 de l'arrêt *Avotiņš*.

¹¹¹⁵ Voir § 103 de l'arrêt *Avotiņš*.

J.-S. BERGÉ, « *Avotiņš* ou le calme qui couve la tempête », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/05/26/cooperation-judiciaire-civile/Avotiņš-ou-le-calme-qui-couve-la-tempete/>, 2016, dernière consultation novembre 2019.

l'intégralité de ses potentialités »¹¹¹⁶. Ce constat général d'équivalence n'est pas irréversible et peut être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent¹¹¹⁷. Il s'agit là d'une première limite/condition à la reconnaissance globale de l'autonomie de la protection des DFUE. Celle-ci « ne vaut tant que » l'équivalence générale existe concrètement. La présomption d'équivalence globale n'a cependant encore jamais été renversée. Le système du MAE ne heurte donc pas, en soi, la Convention¹¹¹⁸. Il devrait en être de même avec la DEE.

Malgré tout, la CourEDH ne réduit pas son contrôle à chaque fois qu'il y a mise en œuvre du MAE. Deux conditions encadrent le bénéfice des effets de la présomption d'équivalence : l'absence de marge d'appréciation pour les autorités nationales et le déploiement de l'intégralité des potentialités du mécanisme de contrôle prévu par le droit de l'Union européenne¹¹¹⁹. Ainsi, c'est bien la protection autonome de l'UE qui est visée et qui bénéficie de l'aménagement du contrôle, non celle des Etats membres¹¹²⁰. Le pouvoir d'appréciation laissé aux autorités judiciaires conditionne donc le degré de contrôle de la CourEDH et détermine finalement si ce contrôle vise uniquement l'Etat membre ou l'Etat membre et le droit de la coopération judiciaire pénale de l'Union.

Dans le cadre du mécanisme de reconnaissance mutuelle du MAE, la CourEDH a retenu l'absence d'un pouvoir d'appréciation ou d'une marge de manœuvre en matière de protection des droits fondamentaux des autorités judiciaires qui le mettent en œuvre. En effet, ce mécanisme oblige à présumer le respect suffisant des droits fondamentaux par un autre Etat membre¹¹²¹. Malgré la consécration d'une exception à la remise relative aux droits fondamentaux de l'UE par la CJUE, cette constatation vaut toujours suite à la jurisprudence *Aranyosi*¹¹²². La CourEDH note à ce sujet que la CJUE a strictement

¹¹¹⁶ Voir § 104 de l'arrêt *Avotiņš*.

¹¹¹⁷ Voir notamment § 155 de l'arrêt *Bosphorus*, § 103 de l'arrêt *Michaud*, § 101 de l'arrêt *Avotiņš* et § 97 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹¹⁸ Voir § 113 de l'arrêt *Avotiņš*, § 60 de l'arrêt *Pirrozi*.
F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique Union européenne et droits fondamentaux - Mandat européen, confiance mutuelle et présomption d'équivalence », *RTD Eur.*, 2019, pages 384 à 385.

¹¹¹⁹ Voir §§ 113 à 115 de l'arrêt *Michaud*, rappelé notamment §105 de l'arrêt *Avotiņš* et § 98 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹²⁰ Voir § 157 de l'arrêt *Bosphorus*, §103 de l'arrêt *Michaud*.

¹¹²¹ Voir § 114 et 115 de l'arrêt *Avotiņš* et § 62 de l'arrêt *Pirrozi*.

¹¹²² Voir §114 de l'arrêt *Moldovan*.

encadré cette exception et détaillé la méthode à adopter par l'autorité judiciaire d'exécution¹¹²³ afin d'appliquer ce nouveau « *pouvoir d'appréciation des faits et des circonstances ainsi que des conséquences juridiques devant y être attachées* »¹¹²⁴. L'autorité judiciaire d'exécution ne dispose donc pas d'une « *marge de manœuvre autonome* » qui écarterait les effets de la présomption d'équivalence¹¹²⁵. L'encadrement de la marge d'appréciation des autorités judiciaires d'exécution du MAE par la CJUE conduit au maintien voir au renforcement du contrôle indirect de la CourEDH sur le droit du MAE et de la coopération judiciaire pénale¹¹²⁶. Concernant la DEE, l'évaluation de la marge de manœuvre existante et son contrôle dépendront de la méthodologie adoptée par la CJUE lors de la mise en œuvre de l'article 11(1)f) de la directive DEE¹¹²⁷.

La deuxième condition implique notamment que le système du renvoi préjudiciel ait pu fonctionner. Cette seconde condition est appliquée sans formalisme excessif et la CourEDH apprécie au cas par cas le besoin de poser une question préjudicielle à la CJUE¹¹²⁸. Cette approche est *a priori* en accord avec la jurisprudence de la CJUE¹¹²⁹ mais cette souplesse donne à la CourEDH la possibilité de donner indirectement son avis sur le besoin et la responsabilité de la CJUE de se prononcer sur une question particulière. Tel a notamment été le cas dans l'arrêt *Bivolaru et Moldovan*. Bien que la présomption d'équivalence ne s'appliquait pas sur ce point précis de l'affaire¹¹³⁰, la CourEDH a envoyé un appel à la CJUE à se prononcer sur les effets du statut de réfugié sur l'exécution d'un MAE émis par l'Etat d'origine de l'individu, depuis devenu

¹¹²³ Voir § 50 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹²⁴ Voir §114 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹²⁵ Voir §114 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹²⁶ Voir développement de cette idée *infra*.

K. MEHTIYEVA, « Coopération judiciaire internationale », *Journal du droit international* n°2, Avril 2021, chronique n°5, pages 733-734. L'auteure estime que l'admission par la CJUE des droits fondamentaux en tant que motif de non-exécution du mandat d'arrêt européen a sans doute été un déclencheur du droit de regard renforcé de la Cour européenne des droits de l'homme sur le mandat d'arrêt européen.

¹¹²⁷ La méthodologie appliquée est envisagée *infra* Partie II Chapitre 1 Section 2 de la présente thèse.

¹¹²⁸ Voir §§ 109 et 111 de l'arrêt *Avotiņš*, § 99 de l'arrêt *Moldovan*. Le renvoi n'est pas exigé lorsqu'aucune question réelle et sérieuse ne se pose quant à la protection des droits fondamentaux ou si la CJUE a déjà indiqué de façon précise l'interprétation qu'il convient de donner.

¹¹²⁹ Voir § 110 de l'arrêt *Avotiņš*.

¹¹³⁰ Voir §§ 130 à 132 de l'arrêt *Moldovan*, l'application erronée de la théorie de l'acte clair par les autorités d'exécution avait empêché le déploiement du plein potentiel des mécanismes de contrôle du DUE.

Etat membre¹¹³¹. Dans le même temps, la CourEDH indique déjà que l'octroi du statut de réfugié par les autorités d'un Etat membre est un élément qui doit être particulièrement pris en compte¹¹³² mais qui peut être concilié avec le principe de confiance mutuelle¹¹³³. En particulier, il n'est pas nécessaire d'en faire un nouveau motif de non-exécution spécifique du MAE¹¹³⁴ mais il convient de faire de l'existence d'un statut de réfugié un critère du contrôle concret et suffisant du risque réel de violation de l'interdiction de traitement inhumain ou dégradant de l'article 3 CEDH¹¹³⁵. La Cour indique par avance ce qu'elle attend de la CJUE.

Lorsque les conditions sont remplies, l'exécution du MAE est présumée conforme aux droits fondamentaux garantis par la CEDH¹¹³⁶ et la CourEDH adapte son contrôle. La CourEDH valide sur le principe le caractère *a priori* suffisant de la protection autonome UE et du motif de non-exécution du MAE. Le principe de primauté et l'autonomie du DUE ne devraient donc en général pas être contestés sur le fondement des droits fondamentaux de la CEDH. Il devrait en être de même avec la DEE.

Néanmoins, une « *(p)areille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste* »¹¹³⁷. Il existe une réfragabilité ponctuelle de la présomption de conformité du MAE/DUE à la CEDH mais le seuil de gravité exigé est relevé¹¹³⁸. S'il n'y a pas d'insuffisance manifeste, la CourEDH conclut à l'absence de violation de la Convention sans examen plus approfondi¹¹³⁹. Par contre, si une telle

¹¹³¹ Voir § 135 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹³² Voir § 136 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹³³ Voir § 137 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹³⁴ Voir § 137 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹³⁵ Voir §§ 137 à 141 de l'arrêt *Moldovan*. Dans le cadre de la présomption d'équivalence et du contrôle de l'insuffisance manifeste, il s'agira donc de vérifier que la technique de reconnaissance mutuelle n'a pas été appliquée de façon automatique et mécanique en cas d'allégation sérieuse de traitement inhumain et dégradant en lien avec le statut de réfugié de l'intéressé.

¹¹³⁶ Voir § 156 arrêt *Bosphorus* combiné au § 100 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹³⁷ Voir § 166 de l'arrêt *Bosphorus*, § 103 de l'arrêt *Michaud*, § 112 de l'arrêt *Avotiņš*.

¹¹³⁸ Voir §114 de l'arrêt *Avotiņš*, § 61 de l'arrêt *Pirozzi*, § 104 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹³⁹ Guide sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « Le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour », Première édition, 31 mars 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_EU_law_in_ECHR_case-law_FRA.pdf.

insuffisance manifeste est constatée, la CourEDH exerce à ce moment un contrôle complet¹¹⁴⁰, qui conduit inévitablement à la violation du droit de la CEDH.

La CourEDH a progressivement précisé ce qu'elle considère comme une insuffisance manifeste dans le cadre du MAE¹¹⁴¹. Le danger provient de l'effet conjugué de la présomption de confiance mutuelle¹¹⁴² et de la présomption Bosphorus¹¹⁴³. Le contrôle encadré des autorités judiciaires d'exécution en raison de la confiance mutuelle « *pourrait, dans des situations concrètes, aller à l'encontre de l'obligation qu'impose la Convention de permettre au moins au juge de l'État requis de procéder à un contrôle adapté à la gravité des allégations sérieuses de violation des droits fondamentaux dans l'État d'origine afin d'éviter une insuffisance manifeste dans la protection de ces droits* »¹¹⁴⁴ alors que la présomption de conformité à la CEDH s'applique. L'insuffisance manifeste de la protection est donc constituée lors de l'application automatique et mécanique de la technique de reconnaissance mutuelle au détriment des droits fondamentaux¹¹⁴⁵. La CourEDH a déjà contrôlé l'existence d'une telle insuffisance au

¹¹⁴⁰ Guide sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « Le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour », Première édition, 31 mars 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_EU_law_in_ECHR_case-law_FRA.pdf.

N. DAMINOVA, « The ECHR Preamble vs. the European Arrest Warrant: balancing Human Rights protection and the principle of mutual trust in EU Criminal Law? », *Review of European and Comparative Law*, Volume 49, n°2, 2022, pages 97 à 131.

¹¹⁴¹ À partir de l'arrêt *Avotiņš* : voir J.-S. BERGÉ, « Une, deux et... trois lectures : de l'avis 2/2013 (CJUE) à l'affaire *Avotiņš* (CEDH) », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/12/cooperation-judiciaire-civile/une-deux-et-trois-lectures-de-lavis-23013-ue-a-laffaire-Avotiņš-cedh/>, 2015, dernière consultation novembre 2019.

¹¹⁴² Voir § 114 de l'arrêt *Avotiņš*. Les Etats membres ont l'obligation de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres Etats membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible, sauf cas exceptionnels, de contrôler si les droits fondamentaux garantis par l'Union ont effectivement été respectés dans un cas concret.

¹¹⁴³ Voir § 115 de l'arrêt *Avotiņš*.

¹¹⁴⁴ Voir § 114 de l'arrêt *Avotiņš*.

¹¹⁴⁵ Voir § 116 de l'arrêt *Avotiņš*, § 62 de l'arrêt *Pirozzi*, § 101 de l'arrêt *Moldovan*.

regard des articles 2, 3, 5§1, 6 et 8 de la CEDH¹¹⁴⁶ et pourrait encore ouvrir cette liste¹¹⁴⁷ alors que la CJUE a *a priori* tendance à limiter les droits susceptibles de fonder une exception à l'exécution d'un MAE. Cela pourrait éventuellement augmenter les risques d'insuffisance manifeste.

S'il est soumis aux autorités judiciaires d'exécution du MAE un « *grief sérieux et étayé* » concernant une insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la CEDH alors que le droit de l'Union européenne ne permet pas d'y remédier, ces autorités « *ne peuvent renoncer à examiner ce grief au seul motif qu'elles appliquent le droit de l'Union* »¹¹⁴⁸. La CourEDH impose donc une réserve dans la marge d'appréciation octroyée aux autorités judiciaires d'exécution du MAE. Elles doivent pouvoir contrôler le respect des droits fondamentaux quand bien même cette marge d'appréciation n'aurait pas été prévue par la CJUE. Elles doivent alors tenter de « *lire et appliquer les règles du droit de l'UE en conformité avec la Convention* »¹¹⁴⁹ de relever la protection prévue et, sinon refuser l'exécution du MAE sur le fondement de la CEDH le cas échéant. Les droits fondamentaux de la CEDH « *primeraient* » alors sur le droit de la DC MAE (et la directive DEE)¹¹⁵⁰. Le principe de primauté du DUE est ici conditionné sinon relativisé.

Il est ainsi dans l'intérêt du DUE et de la CJUE d'introduire une marge d'appréciation suffisante des autorités judiciaires dans le cadre de la protection autonome des droits fondamentaux du droit de l'Union. La CourEDH a d'ailleurs été amenée à évaluer celle laissée dans le cadre du contrôle « *Aranyosi* » du risque réel de

¹¹⁴⁶ Guide sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « Le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour », Première édition, 31 mars 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_EU_law_in_ECHR_case-law_FRA.pdf.

¹¹⁴⁷ Référence notamment à la la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9), la liberté d'expression (art. 10), la liberté de réunion et d'association (art. 11), le droit à un recours effectif (art. 13). Voir N. DAMINOVA, « The ECHR Preamble vs. the European Arrest Warrant: balancing Human Rights protection and the principle of mutual trust in EU Criminal Law? », *Review of European and Comparative Law*, Volume 49, n°2, 2022, pages 97 à 131.

Il existe actuellement une affaire pendante *Alosa* où il est demandé l'interprétation des art. 2 et 13 CEDH face au motif de non-exécution du MAE de l'article 4(6) DC MAE. Requête de la CEDH communiquée aux gouvernements italien et allemand, le 3 novembre 2019, *Alosa et autres c. Italie et Allemagne*, (Requête n°20004/18).

¹¹⁴⁸ Voir § 116 de l'arrêt *Avotiņš*, application au MAE voir § 63, 64 de l'arrêt *Pirozzi*, § 102, 103 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁴⁹ Voir § 64 de l'arrêt *Pirozzi*, § 103 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁵⁰ Voir § 156 de l'arrêt *Bosphorus*.

traitements inhumains et dégradants¹¹⁵¹. La CourEDH semble être devenue plus exigeante quant à la protection des DFUE¹¹⁵² alors que l'arrêt *Aranyosi* pourrait être perçu comme un pas de la CJUE vers la CourEDH¹¹⁵³. Elle semble ainsi partiellement valider ou valider sous caution la méthodologie du contrôle définie dans cette jurisprudence.

Dans l'arrêt *Moldovan*, la CourEDH valide d'abord les conditions de déclenchement du contrôle « *Aranyosi* ». Elle admet l'exigence d'un commencement de preuve par la personne visée¹¹⁵⁴. Comme l'exige la CJUE, les « *allégations sérieuses de violation* »¹¹⁵⁵ doivent se fonder sur « *des éléments attestant des défaillances systémiques ou généralisées* » au « *caractère sérieux et précis* »¹¹⁵⁶. Lorsque de tels éléments sont produits, il y a alors *obligation* de contrôle approfondi. A l'inverse, l'autorité judiciaire d'exécution n'a pas à procéder à un examen approfondi si ce commencement de preuve fait défaut¹¹⁵⁷.

Lorsque l'obligation de contrôle est déclenchée¹¹⁵⁸, l'autorité judiciaire d'exécution doit contrôler si elle « *dispos(e) ou non de bases factuelles suffisamment solides* » pour conclure que l'exécution du MAE entraînerait un risque concret et individuel d'être exposé à des traitements contraires à l'article 3 CEDH en raison de ses conditions de détention dans l'EM requérant¹¹⁵⁹. Dans le cadre d'une décision de remise, il s'agit d'assurer une

¹¹⁵¹ La CourEDH fait notamment référence à la jurisprudence *Aranyosi* et ses suites au § 24 de l'arrêt *Castaño* et aux §§ 50 à 55 de l'arrêt *Moldovan*. § 85 de l'arrêt *Castaño*, il s'agit d'un motif légitime de non-exécution du MAE.

¹¹⁵² L'affaire *Pirozzi*, intervenue après la jurisprudence *Aranyosi*, visait le cas d'une condamnation par défaut. La CourEDH avait ici validé l'interprétation restrictive de l'article 4 bis de la DC MAE qui laissait tout de même une marge d'appréciation suffisante aux autorités judiciaires d'exécution. La CourEDH a donc reconnu la jurisprudence *Melloni* mais uniquement sur ce point. voir § 67 de l'arrêt *Pirozzi*, absence d'insuffisance manifeste § 71.

¹¹⁵³ Cet arrêt visait tout de même principalement à renforcer la position de la Charte dans l'architecture de l'ordre juridique de l'UE.

¹¹⁵⁴ Voir § 109 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁵⁵ Voir § 114 de l'arrêt *Avotiņš*.

¹¹⁵⁶ Voir § 119 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁵⁷ Voir § 143 et 144 de l'arrêt *Moldovan*, l'obligation du commencement de preuve posée dans le cadre de la jurisprudence *Aranyosi* de la CJUE est confirmée puisque la présomption d'équivalence est appliquée à ce moment-là cf § 142.

¹¹⁵⁸ Cette exigence de contrôle vaut aussi lorsqu'il s'agit d'une décision de non-exécution du MAE, en raison de la prise en compte d'autres droits fondamentaux, tel que le droit à une enquête officielle effective garanti par le volet procédural de l'article 2 CEDH.

¹¹⁵⁹ Voir § 118 de l'arrêt *Moldovan*, même idée au § 85 de l'arrêt *Castaño*.

protection concrète minimum/suffisante dans le cadre de l'article 3 CEDH¹¹⁶⁰. Dans le cadre du refus d'exécution du MAE¹¹⁶¹, cette obligation a pu découler du besoin de justifier le refus en raison de l'obligation de coopérer découlant du droit de l'article 2 CEDH¹¹⁶². La CourEDH met en avant la protection d'autres droits fondamentaux là où la CJUE le justifie par l'objectif d'efficacité et le principe de confiance mutuelle¹¹⁶³. L'exigence de réponse appropriée et la justification de l'application du motif de refus sur une base factuelle suffisante pourraient sembler poser un critère supplémentaire à l'évaluation du refus d'exécution des MAE¹¹⁶⁴ mais s'inscrit en vérité dans l'encadrement de la méthodologie Aranyosi¹¹⁶⁵. En particulier, la CourEDH admet qu'« *un niveau de protection des droits de l'homme plus élevé que celui offert par les garanties minimales de la Convention, n'est pas directement applicable à cet égard ou ne l'est guère* »¹¹⁶⁶. Cela conforte le niveau concret de protection autonome et le principe de confiance mutuelle.

Afin d'apprécier le caractère (non-)automatique et (non-)mécanique de l'exécution du MAE, la CourEDH observe si l'examen concret a été assez complet pour déterminer la vraisemblance du risque invoqué¹¹⁶⁷. La CourEDH attend ainsi « *un examen actualisé et circonstancié de la situation* » conduisant à l'identification de « *défaillances structurelles quant aux conditions de détention* » dans l'Etat membre d'émission et d'« *un risque réel et individualisable de violation des droits de la Convention* »¹¹⁶⁸. La CourEDH valide donc le principe du contrôle en deux étapes *in abstracto* et *in concreto* de la CJUE¹¹⁶⁹. Elle

¹¹⁶⁰ Ce cas de figure correspond à l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁶¹ Ce cas de figure correspond à l'arrêt *Castaño*. NB : Dans cet arrêt, la CourEDH n'a pas fait référence à la présomption d'équivalence pour l'appliquer ou l'écarter.

¹¹⁶² Voir § 91 de l'arrêt *Castaño*. Comme le confirme le § 6 de l'opinion concordante de l'arrêt *Castaño*, l'obligation de protéger le droit à la vie garanti par l'article 2 CEDH, et donc de conduire une enquête effective concernant les homicides illicites, impose à l'État requérant un exercice de motivation de sa décision pour conclure que le risque revêt la gravité voulue. Cette obligation de coopération est appliquée pour la première fois dans l'arrêt *Castaño*.

¹¹⁶³ Voir § 83 de l'arrêt *Castaño*.

¹¹⁶⁴ N. DAMINOVA, « The ECHR Preamble vs. the European Arrest Warrant: balancing Human Rights protection and the principle of mutual trust in EU Criminal Law? », *Review of European and Comparative Law*, Volume 49, n°2, 2022, pages 97 à 131.

¹¹⁶⁵ Voir § 92 de l'arrêt *Castaño* : la CourEDH a cependant bien précisé que le constat d'une violation de l'article 2 de la Convention n'implique pas nécessairement qu'il y ait l'obligation de remise.

¹¹⁶⁶ Voir § 4 de l'opinion concordante de l'arrêt *Castaño*.

¹¹⁶⁷ Voir § 90 de l'arrêt *Castaño*.

¹¹⁶⁸ Voir § 86 de l'arrêt *Castaño* et rappel au § 117 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁶⁹ Voir § 53 de l'arrêt *Moldovan* : la CourEDH avait bien noté l'importance donnée aux deux étapes du contrôle dans la jurisprudence *L et P* de la CJUE.

relève « la convergence, s'agissant de la caractérisation d'un risque individuel réel, entre les exigences posées par la CJUE qui met à la charge de l'autorité judiciaire d'exécution un contrôle qui comporte deux étapes (...) et celles qui résultent de sa jurisprudence qui met à la charge des autorités nationales l'obligation de contrôler s'il existe un risque réel et individualisable, apprécié de manière concrète, que cette personne soit, en raison des mêmes circonstances, soumise à un traitement contraire à l'article 3 »¹¹⁷⁰.

D'autre part, la CourEDH a approuvé le principe de l'utilisation du système d'échanges d'informations judiciaire afin d'obtenir des informations supplémentaires relatives à l'application du régime de détention, à l'endroit et aux conditions de détention, afin de vérifier l'existence d'un risque concret et réel de violation de la Convention en cas de remise¹¹⁷¹. Cet échange d'informations entre autorités judiciaires dans le cadre du MAE est intégré dans l'évaluation de la recherche d'une base factuelle suffisante¹¹⁷². Chez la CJUE, il s'agit néanmoins d'un emploi de dernier recours, plutôt favorable à la mise à l'écart du risque. Cela ne ressort pas spécifiquement de la position de la CourEDH.

Le niveau de protection exigé, la validation du contrôle en deux étapes et la reconnaissance du système d'échanges entre autorités judiciaires vont dans le sens d'une reconnaissance du caractère suffisant de la protection autonome des DFUE. Malgré ces éléments, la CourEDH a cependant pour la première fois constaté l'existence d'une insuffisance manifeste de protection et le renversement de la présomption de protection équivalente dans son arrêt *Moldovan*, concernant l'article 3 CEDH¹¹⁷³. C'est également la première fois qu'un État a été condamné pour avoir exécuté un MAE¹¹⁷⁴. Dans ce cadre, la CourEDH ne semble pas forcément attaquer frontalement la

¹¹⁷⁰ Voir § 114 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁷¹ Voir § 89 de l'arrêt *Castaño*.

¹¹⁷² Voir § 120 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁷³ Voir § 126 de l'arrêt *Moldovan*. Il y a aussi eu violation de l'article 2 CEDH dans l'arrêt *Castaño* mais la CEDH n'a pas fait référence à la présomption d'équivalence.

¹¹⁷⁴ Actualités Lexis 360, « Exécution d'un MAE : la CEDH précise les conditions d'application de la présomption de protection équivalente », *Dalloz Actualité*, le 28 mars 2021. J.-S. BERGÉ, « Une, deux et... trois lectures : de l'avis 2/2013 (CJUE) à l'affaire Avotiș (CEDH) », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/12/cooperation-judiciaire-civile/une-deux-et-trois-lectures-de-lavis-23013-ue-a-laffaire-Avotiș-cedh/>, 2015, dernière consultation novembre 2019 : L'auteur avait prédit depuis l'arrêt Avotiș que « Le cas se présentera un jour, sans doute dans des circonstances improbables (les grands cas du droit sont souvent les cas les plus improbables...), où le dispositif de reconnaissance mutuelle défini par l'un quelconque des instruments de l'Union européenne devra céder le pas devant un impératif de protection des droits fondamentaux ».

jurisprudence « *Aranyosi* » mais exploite certaines zones grises afin d'imposer une conciliation plus exigeante de la protection des droits de la CEDH avec l'efficacité du DUE.

Dans cet arrêt, la CourEDH estime d'abord que les juridictions d'exécution ont écarté l'existence d'un risque réel suite à une « *mise en perspective insuffisante des informations* » fournies avec sa jurisprudence ¹¹⁷⁵. La vraie difficulté de l'échange judiciaire d'informations consiste donc dans l'appréciation divergente de la CourEDH et des autorités judiciaires d'exécution de l'information donnée. Le manque d'espace personnel a été sous-évalué¹¹⁷⁶. Les critiques formulées ne contredisent pas les critères posés par la CJUE en la matière mais concernent plutôt leur mise en œuvre par l'autorité judiciaire d'exécution¹¹⁷⁷. La nature et l'étendue du contrôle des conditions de détention dans l'État membre d'émission, précisées par la CJUE dans l'arrêt *Dorobantu*, s'appuyait effectivement sur sa propre jurisprudence *Muršić c. Croatie*¹¹⁷⁸. Les jurisprudences des deux cours devaient conduire à la même forte présomption de violation de l'article 3 CEDH/4 CDFUE faute d'espace personnel suffisant¹¹⁷⁹. La surface allouée au détenu devait être calculée de la même façon et ne devait notamment pas prendre en compte la surface des sanitaires, contrairement à ce qu'avait retenu l'autorité judiciaire d'exécution¹¹⁸⁰. La critique formulée ne remet pas en cause la jurisprudence *Dorobantu* mais démontre néanmoins le résultat ambiguë que peut produire une marge d'appréciation très encadrée des autorités judiciaires lorsqu'elle est mal appliquée. Cette marge peut plus facilement conduire à une violation manifeste de la CEDH lors de la mise en œuvre de la DC MAE alors même que la présomption de conformité s'applique et que le DUE n'est pas à l'origine de la violation. Si la CEDH constate régulièrement sa « mauvaise » utilisation, celle-ci peut devenir un facteur de diminution de l'efficacité du MAE, quand bien même l'autonomie de celui-ci n'est pas directement concernée. La CourEDH vérifie indirectement la bonne application de la méthodologie « à la place » de la CJUE.

¹¹⁷⁵ Voir §122 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁷⁶ Voir §123 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁷⁷ E. DREYER, « Un an de droit de la Convention européenne des droits de l'homme en matière pénale », *Droit pénal* n°4, Avril 2022, pages 20 à 24.

¹¹⁷⁸ Voir § 52 et § 123 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁷⁹ Voir § 52 et § 123 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁸⁰ Voir § 52 de l'arrêt *Moldovan*.

La Cour relève ensuite que les engagements des autorités d'émission relativement aux autres aspects des conditions de détention, tels la liberté de circulation et les activités hors cellule devraient en principe être mobilisés par l'autorité judiciaire d'exécution dans son évaluation du risque, ce qui n'a pas été le cas¹¹⁸¹. Une appréciation de l'ensemble des aspects matériels pertinents de la détention¹¹⁸² permet donc effectivement d'éventuellement écarter la présomption de violation de l'article 3 CEDH/4CDFUE en raison de l'espace personnel insuffisant. Cependant, ces engagements, qui auraient pu en principe permettre d'écarter l'existence d'un risque réel de violation de l'article 3, avaient été formulés de manière stéréotypée¹¹⁸³. La CourEDH pose un regard critique sur la pratique des assurances dans le cadre du MAE. Elle accepte *a priori* la transposition de cette pratique du système d'extradition au système de remise mais conditionne ses effets à un certain degré de précision.

Il était clairement insuffisant de la part de l'autorité judiciaire d'exécution de se contenter de « *l'assurance que (l'autorité de l'Etat membre d'émission) s'occupera avec sollicitude de tous les aspects signalés par les personnes condamnées confiées aux prisons subordonnées* »¹¹⁸⁴. La CJUE demande à ce que l'assurance donnée précise que la personne concernée ne subira pas un traitement inhumain ou dégradant du fait de ses conditions concrètes et précises de détention, quel que soit l'établissement pénitentiaire dans lequel elle sera incarcérée¹¹⁸⁵. Cela est paradoxalement précis et vague à la fois. Afin que l'assurance soit admise sans difficulté par la CourEDH, la CJUE devrait appeler à plus de rigueur ou bien elle-même davantage préciser ce qu'elle attend en la matière. De plus, les assurances sont intégrées dans l'appréciation globale des conditions de détention¹¹⁸⁶. Elles ne devraient donc pas écarter à elles seules le risque de violation de l'article 3 CEDH¹¹⁸⁷. Cela peut néanmoins découler de l'effet cumulatif des difficultés relevées par la Cour EDH concernant les assurances données en l'espèce. Il est ainsi pas possible de déterminer si l'obligation imposée par la CJUE aux autorités

¹¹⁸¹ Voir § 124 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁸² Voir § 52 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁸³ Voir § 124 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁸⁴ Voir §10 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁸⁵ Point 111 de l'arrêt *ML*.

¹¹⁸⁶ Voir § 126 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁸⁷ Voir § 126 de l'arrêt *Moldovan*.

judiciaires d'exécution de se fier en principe aux assurances « *judiciaires* » est conforme à la jurisprudence de la CourEDH¹¹⁸⁸. En particulier, la CourEDH n'a pas distingué les assurances « politiques » de celles « *judiciaires* », contrairement à la CJUE¹¹⁸⁹. En l'espèce, l'assurance émanait de « *l'Administration nationale pénitentiaire* » sans que soit précisé si celle-ci avait été validé ou émanait d'une autorité judiciaire au sens autonome du DUE¹¹⁹⁰. Sous réserve de précisions futures, l'approche de la CourEDH pourrait donner une plus grande marge d'appréciation aux autorités judiciaires d'exécution en matière de contrôle des assurances que celle prévue par la CJUE. Une approche précautionneuse concernant les assurances, y compris judiciaires, serait justifiée au regard de la définition de la notion autonome d'« *autorité judiciaire d'émission* » du MAE (et de la DEE)¹¹⁹¹. Cela vaudrait a fortiori en cas d'allégation sérieuse de violation du contenu essentiel du droit à un procès équitable¹¹⁹².

En parallèle, la simple recommandation de l'autorité judiciaire d'exécution visant à ce que le requérant soit détenu « *dans un établissement offrant des conditions identiques sinon meilleures* » que l'établissement originellement prévu, n'est pas suffisante pour écarter le risque réel de traitement inhumain et dégradant¹¹⁹³. Celle-ci n'a aucune valeur et les autorités judiciaires ne peuvent se décharger de leur responsabilité de contrôle. Elles auraient du chercher à évaluer le risque encouru dans un autre établissement déterminé puisqu'il était connu qu'un nombre important de prisons de l'Etat d'émission n'offraient pas des conditions de détention conformes aux standards consacrés par la Cour. Sur ce point, l'étendue restreinte du contrôle effectué par l'autorité judiciaire d'exécution pourrait pourtant découler de la jurisprudence *ML* de la CJUE. L'autorité judiciaire d'exécution n'avait pas pu déterminer un deuxième établissement pénitentiaire au regard des informations fournies par les autorités judiciaires d'émission¹¹⁹⁴. Or la CJUE retient que ces *autorités* « *sont uniquement tenues d'examiner les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires dans lesquels, selon les informations dont elles*

¹¹⁸⁸ Référence à cette obligation au § 51 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁸⁹ Développement sur les assurances dans le cadre du MAE *infra*, Partie II Chapitre 1 Section 2 de la thèse.

¹¹⁹⁰ Nous reviendrons et critiquerons cette notion *infra* Partie II Chapitre 1 Section 1 de la présente thèse.

¹¹⁹¹ Voir *infra* Partie II Chapitre 1 Section 1.

¹¹⁹² Voir *infra* Partie II Chapitre 1 Section 2.

¹¹⁹³ Voir § 125 de l'arrêt *Moldovan*.

¹¹⁹⁴ Voir notamment § 10 de l'arrêt *Moldovan*.

disposent, il est concrètement envisagé que cette personne soit détenue »¹¹⁹⁵. Dans ce cas, ou bien la CourEDH réfute directement la marge de contrôle laissée aux autorités judiciaires par la CJUE ou bien estime que l'autorité judiciaire d'exécution aurait pu et du connaître cet autre établissement grâce à quelques efforts supplémentaires. En effet, aucune information supplémentaire n'avait été demandée une fois le lieu probable de détention donné. Ce ne serait alors pas l'étendue de la marge d'appréciation qui serait insuffisante mais l'exploitation de celle-ci, ce qui serait moins dommageable pour le DUE. La différence entre le contrôle de la définition de la marge d'appréciation et le contrôle de la pleine utilisation de cette marge d'appréciation est cependant ténue.

Au regard de la position de la CourEDH, l'articulation des principes structurants de la coopération judiciaire pénale de primauté du DUE et de respect des droits fondamentaux conduit à une autonomie *conditionnée* du droit de l'Union. La protection des DFUE ne peut jouer son rôle par rapport au principe de primauté que tant qu'elle est considérée comme suffisante. Le principal facteur susceptible de remettre en cause l'autonomie de la protection des droits fondamentaux de l'UE, et donc la primauté et l'efficacité du DUE, est celui de la marge d'appréciation laissée aux autorités judiciaires nationales d'exécution.

Les juridictions suprêmes et constitutionnelles nationales vont également s'appuyer sur les droits fondamentaux pour se positionner par rapport à la primauté et l'autonomie du droit de l'UE.

¹¹⁹⁵ Point 87 de l'arrêt *ML*, référence à cette jurisprudence au § 51 de l'arrêt *Moldovan*.

Section 2: Les droits fondamentaux : vecteur de relativisation du principe de primauté au niveau des juridictions suprêmes et constitutionnelles nationales

Les juridictions suprêmes et constitutionnelles ont trouvé un terreau fertile à leur action et, parfois, au renforcement de leur rôle dans le développement de l'ELSJ, au regard de la protection des droits fondamentaux¹¹⁹⁶.

Les juridictions supérieures nationales ont ainsi cherché à appréhender les spécificités du DUE en se réaménageant une forme de contrôle et en choisissant les droits fondamentaux de certaines sources spécifiques de protection en tant que standards de ce contrôle. Le type de contrôle choisi ainsi que les standards appliqués traduisent la manière dont ces juridictions envisagent leur relation avec l'UE et la CJUE ainsi que leur position vis-à-vis du principe de primauté du droit de l'Union et de son autonomie¹¹⁹⁷. Cette section se focalisera sur les juridictions suprêmes françaises, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, ainsi que les Cours constitutionnelles française et allemande. En effet, l'observation de leur jurisprudence respective offre un aperçu des différentes approches possibles, qui ont conduit ou peuvent conduire la CJUE à réagir¹¹⁹⁸.

Les droits fondamentaux peuvent ainsi être un vecteur de contestation et de limitation de la primauté du DUE et de son autonomie lorsqu'ils servent de critère de contrôle de la *validité* de celui-ci **(1)**. À l'inverse, les droits fondamentaux peuvent être un facteur de rapprochement et de conciliation plus important des systèmes juridiques, lorsqu'ils sont le critère de contrôle de la « *bonne application* » du droit de l'Union **(2)**.

¹¹⁹⁶ Et cela depuis longtemps, voir W. PHELAN, « The Role of the German and Italian Constitutional Courts in the rise of EU Human Rights Jurisprudence : A Response to Delledonne and Fabrini », *European Law Review*, Vol. 46 n°2, April 2021, pages 175 à 193.

¹¹⁹⁷ Sur l'emploi de l'identité constitutionnelle et les droits fondamentaux comme moyen de se positionner voir C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 3 à 8.

¹¹⁹⁸ La CJUE a tendance à se montrer plus réceptive face à certains Etats membres et leur cours constitutionnelle ou suprême que face à d'autres : voir notamment C. HAGUENAU-MOIZARD, « Les relations inégalitaires entre la Cour de justice et les juridictions nationales supérieures », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2018, pages 3 à 21. ; A. GAILLET, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 15 décembre 2015 », *AJDA*, 2016, pages 1112 à 1119. Tel est le cas concernant l'Allemagne, qui est un Etat membre de l'Union européenne particulièrement sensible à la question de la protection des droits fondamentaux. Ses craintes ou revendications à ce sujet ont déjà été à l'origine d'importants arrêts de la CJUE.

1) L'identité constitutionnelle nationale : la revendication d'une stricte limite à la primauté du droit de l'Union européenne

La CJUE a imposé une primauté absolue du droit de l'Union européenne, y compris sur les normes constitutionnelles¹¹⁹⁹, et limité la concurrence en matière de protection des droits fondamentaux dans le cadre du mandat d'arrêt européen¹²⁰⁰. Du point de vue national, si la primauté du droit de l'Union est largement acceptée et acceptable sur le droit interne « ordinaire »¹²⁰¹, cela ne va pas de soi pour ce qui est du droit constitutionnel¹²⁰². En effet, la Constitution nationale représente la norme fondamentale de l'ordre juridique interne et assure la garantie des droits fondamentaux nationaux. Elle est également le fondement premier de la compétence des juridictions suprêmes, en particulier constitutionnelles. Il y a donc deux primautés, européenne et constitutionnelle, qui coexistent. Le contrôle préventif abstrait lors de la ratification des traités évite en principe le conflit constitutionnel mais la principale « menace » pour la Constitution vient finalement du DUE dérivé¹²⁰³. La revendication de l'application large et prioritaire du DUE et des DFUE peut entraîner une collision avec celle de la Constitution et les droits fondamentaux qu'elle protège.

En cas de conflit, les juridictions suprêmes et constitutionnelles nationales ont ainsi cherché à faire respecter un « noyau dur » de la Constitution, *l'identité constitutionnelle*, en tant que limite stricte à la primauté du droit de l'Union. Ce contrôle du respect de l'identité constitutionnelle vise *in fine* la validité même du DUE¹²⁰⁴.

La revendication du respect de l'identité constitutionnelle est présentée comme une solution « conciliante » face au principe de primauté puisqu'elle n'impose pas le

¹¹⁹⁹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*. Affaire 11-70. Avec comme Etat membre concerné, l'Allemagne !

¹²⁰⁰ CJUE (grande chambre), 26 février 2013, *Stefano Melloni*. Affaire C- 399/11. L'idée est également maintenue dans la jurisprudence *Aranyosi* et ses suites.

¹²⁰¹ Face aux lois nationales et normes inférieures à celles-ci.

¹²⁰² C. GREWE, *L'état des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. Droits Étrangers Volume n°15, 2018, 504 pages.

¹²⁰³ F.-X. MILLET, « Constitutional Identity in France : Vice and - Above all - Virtues », Chapitre 7, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 134 à 152.

¹²⁰⁴ C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, 377 pages.

respect de toute la Constitution¹²⁰⁵. Sa portée dépend cependant de sa source, de ses acteurs et de son contenu¹²⁰⁶. Dans tous les cas, l'identité constitutionnelle devrait en principe être perçue comme une « arme nucléaire » dissuasive et de dernier recours afin d'être réellement efficace, sans porter atteinte à l'ensemble de la construction européenne.

Le noyau dur intangible de l'identité constitutionnelle nationale est *a priori* constituée des valeurs et principes essentiels et particuliers¹²⁰⁷ de la Constitution d'un Etat membre. Elle vise à préserver une forme de singularité, par ré-appropriation¹²⁰⁸ et par opposition à « l'identité constitutionnelle de l'UE » qui met en lumière les principes fondamentaux partagés et valeurs fondamentales communes aux Etats membres et à l'Union européenne. La notion reste cependant ambiguë, sans définition claire¹²⁰⁹. Il existe en outre une tendance actuelle à y raccrocher des éléments classiquement distincts mais connexes¹²¹⁰, comme ceux relevant du domaine de la souveraineté nationale.

En raison de l'existence d'une base et d'une culture communes en matière de droits fondamentaux ainsi qu'en raison du principe de confiance mutuelle¹²¹¹, l'identité constitutionnelle ne devrait pas fondamentalement être contraire aux valeurs de l'article 2

¹²⁰⁵ Voir notamment J-M. SAUVÉ, « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », Congrès du 25ème anniversaire de l'Académie de droit européen (ERA) à Trèves le 19 octobre 2017, site officiel du Conseil d'Etat, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-autorite-du-droit-de-l-union-europeenne-le-point-de-vue-des-juridictions-constitutionnelles-et-supremes>, 2017, dernière consultation juillet 2020.

¹²⁰⁶ G. VAN DER SCHYFF, « Member States of the European Union and Identity: A comparative perspective », Chapitre 15, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 305 à 347.

¹²⁰⁷ Identité au sens de *spécificité constitutionnelle*.

¹²⁰⁸ Voir notamment le Chapitre introductif dans C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, 377 pages.

¹²⁰⁹ C. GREWE, *L'état des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. Droits Étrangers Volume n°15, 2018, 504 pages.
Sur la tension entre conflit et apaisement autour de la notion d'identité constitutionnelle : voir F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque constitutionnelle et de science politique Tome 142, 2013, 386 pages.

¹²¹⁰ C. GREWE, *L'état des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. Droits Étrangers Volume n°15, 2018, 504 pages.

¹²¹¹ L. DIMITRIOS SPIEKER, « Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts : How to Stabilize the Modus Vivendi between The Court of Justice and National Constitutional Courts », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 361 à 398.

TUE¹²¹² mais constituer une expression spécifique, originale de celles-ci¹²¹³. L'identité constitutionnelle ne sera donc envisagée ici que dans sa fonction protectrice singulière des droits fondamentaux constitutionnels des individus¹²¹⁴.

La Cour constitutionnelle allemande a ainsi revendiqué le respect de l'identité constitutionnelle dans le cadre du mandat d'arrêt européen afin d'imposer une protection accrue des droits fondamentaux face à la primauté d'un droit de l'Union insuffisamment protecteur **(a)**. L'objectif visé est double. Il s'agit à la fois une contestation politique de la restriction excessive de la concurrence des niveaux de protection et une solution juridique visant une protection accrue et plus concrète des droits fondamentaux¹²¹⁵.

En France, l'application de l'identité constitutionnelle au droit dérivé de l'UE a longtemps été une limite théorique. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont finalement défini pour la première fois un élément « sécuritaire » de l'identité constitutionnelle française dans trois arrêts récents **(b)**. La protection des droits fondamentaux constitutionnels est alors utilisée pour limiter le principe de primauté d'un DUE plus protecteur des DFUE.

¹²¹² L. DIMITRIOS SPIEKER, « Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts : How to Stabilize the Modus Vivendi between The Court of Justice and National Constitutional Courts », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 361 à 398.

Les revendications polonaises et hongroises du respect d'une identité constitutionnelle ne sont pas « valables » de ce point de vue : voir M. ZIYLKOWSKI, B. GRABOWSKA-MOROZ, « Enforcement of EU Values and the Tyranny of National Identity – Polish Examples and Excuses », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/enforcement-of-eu-values-and-the-tyranny-of-national-identity-polish-examples-and-excuses/>, 2019, dernière consultation mars 2020 et G. A. TYTH, « Laws, Conventions, and Fake Constitutions », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/laws-conventions-and-fake-constitutions/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

¹²¹³ C. GREWE, *L'état des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. Droits Étrangers Volume n°15, 2018, 504 pages. ; F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque constitutionnelle et de science politique Tome 142, 2013, 386 pages. ; A. SCHNETTGER, « Article 4(2) TEU as a Vehicule for National Constitutional Identity in the Shared European Legal System », Chapitre 2, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 9 à 37.

¹²¹⁴ D'un point de vue conceptuel, l'identité constitutionnelle doit viser à protéger les individus, voir L. DIMITRIOS SPIEKER, « Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts : How to Stabilize the Modus Vivendi between The Court of Justice and National Constitutional Courts », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 361 à 398.

¹²¹⁵ L'identité constitutionnelle comme élément du constitutionnalisme multi-niveau voir C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, 377 pages.

a) La protection de la dignité humaine par la Cour constitutionnelle allemande : un « remède » à la primauté absolue d'un droit de l'Union insuffisamment protecteur

La Cour constitutionnelle allemande a imposé le respect de l'identité constitutionnelle en tant que critère du contrôle de la constitutionnalité d'une décision judiciaire qui portait sur l'exécution d'un MAE dans son ordonnance du 15 décembre 2015¹²¹⁶. La Cour constitutionnelle allemande a jugé la plainte constitutionnelle recevable¹²¹⁷ et fondée¹²¹⁸. La décision judiciaire violait le droit à la dignité du requérant, protégé par l'article 1(1) en combinaison avec l'article 23(1) phrase 3 et l'article 79(3) de la Loi fondamentale allemande¹²¹⁹.

En principe, les actes du droit de l'Union et les actes de l'autorité publique allemande, dans la mesure où ils sont déterminés par le droit de l'Union, ne sont pas susceptibles de contrôle face aux standards des droits fondamentaux compris dans la Loi Fondamentale¹²²⁰. La Cour constitutionnelle s'auto-limite et ne contrôle pas la validité de ces actes sur le fondement sur l'ouverture du droit allemand au DUE contenue dans l'article 23(1), première phrase de la Loi fondamentale¹²²¹. Cet article reconnaît la participation de l'Allemagne à l'Union européenne, favorable à la reconnaissance de la primauté du DUE. La Cour constitutionnelle reconnaît l'importance de l'application uniforme du DUE pour son développement, le but étant de parvenir à « *la réalisation d'une Europe unie* »¹²²². Sa validité et son efficacité uniformes doivent être assurées dans tous les Etats membres, y compris l'Allemagne¹²²³. L'article 23(1)S1 de la Loi

¹²¹⁶ Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14.

¹²¹⁷ Rn 34 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²¹⁸ Rn 35 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²¹⁹ Rn 35 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²²⁰ Rn 36 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14 application de cette logique aux décisions de justice des limitations en matière de constitutionnalité de la loi : Rn 45 de l'arrêt BVerfG 1 BvL 3/08, confirmation concernant les décisions de justice : Rn 32 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 890/16.

¹²²¹ Rn 37 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²²² Article 23(1) S1 LF « Zur Verwirklichung eines vereinten Europas ».

¹²²³ Rn 37 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

fondamentale contient donc une promesse d'efficacité et d'application du DUE¹²²⁴. Le principe de primauté voit son origine au moins en partie constitutionnalisée¹²²⁵.

La primauté du DUE vaut en principe sur le droit national, y compris constitutionnel en cas de conflit. Elle conduit en effet *exempter les organes et instances de l'Union européenne d'une obligation complète de respecter les droits fondamentaux et autres garanties de la Loi fondamentale mais aussi les instances allemandes qui exécutent le droit de l'Union européenne sans marge d'appréciation*¹²²⁶. La décision judiciaire sur l'exécution du MAE est entièrement déterminée par la DC MAE depuis que la CJUE a interprété les motifs de non-exécution du MAE de telle sorte à ce que cette liste soit exhaustive et l'harmonisation complète en la matière¹²²⁷. Sa validité ne devrait donc pas être contrôlée au regard du respect des droits fondamentaux de la Loi fondamentale. Cette solution s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence *Solange 2* : la Cour ne contrôle pas le DUE au regard de la Loi fondamentale dans la mesure où l'Union européenne accorde en principe une protection équivalente des droits fondamentaux. L'article 23(1)S1 de la Loi fondamentale se réfère bien à une UE « *soumise aux principes démocratiques, de l'État de droit, sociaux et fédéraux* »¹²²⁸ et qui garantit « *une protection des droits fondamentaux comparable pour l'essentiel à la présente Loi fondamentale* »¹²²⁹. La primauté du DUE admet donc une dé-responsabilisation au moins partielle des autorités judiciaires allemandes qui mettent en œuvre la DC MAE. Il y a une place pour le principe de confiance mutuelle formelle et la technique de la reconnaissance mutuelle. « *Inversement, les actes juridiques adoptés en vue d'une mise en œuvre lors de l'existence d'une marge de manœuvre sont accessibles au contrôle de la Cour constitutionnelle* »¹²³⁰.

¹²²⁴ Rn 37 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²²⁵ S. WEATHERILL, *Law and Values in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2016, 432 pages.

¹²²⁶ Rn 39 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²²⁷ Rn 31 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 890/16 du 6 septembre 2016, confirmation post Aranyosi Rn 35 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹²²⁸ Article 23(1) S1 LF « die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen (...) verpflichtet ist ».

¹²²⁹ Article 23(1) S1 LF « einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet ».

¹²³⁰ Traduction libre Rn 39 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

La Cour constitutionnelle contrôle néanmoins le processus d'intégration dans l'ordre juridique allemand par l'intermédiaire de la Loi fondamentale¹²³¹. L'Union européenne est un « *ensemble d'Etats, de constitutions, d'administrations et de juridictions qui trouve en fin de compte ses fondements dans des traités internationaux conclus par les Etats membres* »¹²³². Le DUE est rapproché du droit international et ses spécificités sont « lissées » pour faire du principe de primauté le résultat issu d'une « *Ermächtigung* », une autorisation de transfert de droits souverains de l'Allemagne vers l'UE¹²³³. L'UE ne dispose toujours pas de la « *Kompetenz-kompetenz* », c'est-à-dire de la compétence de donner la compétence, l'origine de la compétence. Dans la théorie du droit allemand, elle reste entre les mains des Etats membres. Le DUE ne peut donc s'imposer de lui-même sans limite. Le principe de primauté du DUE est approuvé tel que défini dans la « *Zustimmungsgesetz* », la loi d'autorisation¹²³⁴, comme en matière de droit international. Le programme d'intégration reconnu par l'Allemagne étant le fondement et la justification dans l'ordre juridique allemand du principe de primauté, il peut aussi être utilisé pour définir ses limites¹²³⁵.

La primauté du droit de l'Union est limitée par les principes constitutionnels se situant au-delà de la portée de l'intégration européenne permise par l'article 23 section 1 phrase 1¹²³⁶. L'UE ne peut exercer d'autres pouvoirs que ceux conférés¹²³⁷, ni aller à l'encontre des réserves constitutionnelles à l'intégration européenne.

¹²³¹ S. KAUFMANN, « Le Bundesverfassungsgericht et les limites à la primauté du droit de l'Union. Confrontation ou complémentarité dans l'intégration européenne ? », *RTD Eur.* n°1/2017, Janvier-mars 2017, pages 59 à 74.

¹²³² Rn 44 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²³³ Rn 38 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²³⁴ Rn 38 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²³⁵ Rn 38 et 40 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²³⁶ Point 36 et suivants de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²³⁷ La Cour constitutionnelle a tendance à ajouter au contrôle de l'identité constitutionnelle le contrôle *ultra vires* via le principe démocratique mais celui-ci relève d'une logique différente voir A. CALLIESS, « Constitutional Identity in Germany : One for Three or Three for One ? », Chapitre 8, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 153 à 181.

Nous ne le mentionnerons ici que rapidement par souci d'exhaustivité. Ce contrôle assure le respect par le DUE du principe de subsidiarité et de l'étendue des pouvoirs accordés dans le cadre du transfert de compétence. Le principe de primauté du DUE ne peut être justifié par des transferts de pouvoirs initiaux qui auraient supposément évolué en raison du développement du droit de l'Union (voir Rn 42 de l'ordonnance).

Par dérogation, la Cour constitutionnelle allemande peut alors opérer dans certains cas un contrôle qui est limité au respect de l'identité constitutionnelle¹²³⁸. Elle concilie ainsi les spécificités du DUE avec le respect de la Loi fondamentale. Elle ne contrôlera la validité du DUE qu'au regard du respect de certains droits fondamentaux spécifiques compris dans l'identité constitutionnelle allemande. Ce contrôle peut néanmoins conduire à un résultat contraire au principe de primauté et l'autonomie du DUE s'il aboutit à la nullité de la décision judiciaire pour ce motif¹²³⁹.

En matière de plainte constitutionnelle individuelle, spécifique à la protection des droits fondamentaux constitutionnels¹²⁴⁰, la BVerfG impose uniquement mais de façon pleine et entière le respect de l'identité constitutionnelle au sens strict¹²⁴¹. Il s'agit d'une limite constitutionnelle absolue¹²⁴² à la primauté du DUE, fondée sur les articles 23(1) et 79(3) LF¹²⁴³. Originellement établis afin de prévenir la réapparition d'un Etat totalitaire¹²⁴⁴, les principes et droits fondamentaux constitutionnels les plus importants doivent être respectés par le DUE, par transposition au processus d'intégration européenne¹²⁴⁵. La "clause d'éternité" de la Loi fondamentale¹²⁴⁶ exige le respect de la dignité humaine consacré à l'article 1 LF et du caractère fédéral, démocratique et social de l'Etat allemand garanti à l'article 20 LF. La dignité humaine, dotée d'une valeur juridique supérieure au

¹²³⁸ Rn 46 de l'arrêt BVerfG 1 BvL 3/08.

¹²³⁹ La jurisprudence *Melloni* qui refusait l'application d'autres motifs de refus, en particuliers nationaux, que ceux inscrits dans la DC MAE. Si la jurisprudence *Aranyosi* ouvre un motif relatif aux droits fondamentaux, elle ne revient pas sur le refus de reconnaître un motif national de non-exécution qui serait plus protecteur.

¹²⁴⁰ Article 93, al. 1, n° 4a, de la Loi fondamentale allemande.

¹²⁴¹ Point 1 du dispositif de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

J. NOWAG, « EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R », *Common Market Law Review* 53, 2016, pages 1441 à 1454. ; S. KAUFMANN, « Le Bundesverfassungsgericht et les limites à la primauté du droit de l'Union. Confrontation ou complémentarité dans l'intégration européenne ? », *RTD Eur.* n°1/2017, Janvier-mars 2017, pages 59 à 74.

¹²⁴² L. DIMITRIOS SPIEKER, « Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts : How to Stabilize the Modus Vivendi between The Court of Justice and National Constitutional Courts », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 361 à 398.

¹²⁴³ Rn 36 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14, confirmation de cette limite Rn 32 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 890/16.

¹²⁴⁴ A. CALLIESS, « Constitutional Identity in Germany : One for Three or Three for One ? », Chapitre 8, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 153 à 181.

¹²⁴⁵ Rn 41 et 42 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁴⁶ Article 79 section 3 de la Loi Fondamentale allemande.

sein de l'ordre constitutionnel allemand¹²⁴⁷, permet alors un élargissement du contrôle de la BVerfG¹²⁴⁸. Le contrôle de constitutionnalité visera ainsi la protection des droits fondamentaux indérogeables¹²⁴⁹ découlant de la dignité humaine protégée à l'article 1(1) LF auquel renvoie l'article 79(3) LF¹²⁵⁰. Il s'agira de protéger leur contenu essentiel¹²⁵¹.

Le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle équivaut donc à un contrôle restreint de la validité du DUE au regard des (certains) droits fondamentaux et peut conduire à son inapplication en Allemagne¹²⁵². Le contrôle apparaît comme plus systématique¹²⁵³ face au droit de l'Union, et au mandat d'arrêt européen plus particulièrement. Ainsi, si la présomption formelle de confiance mutuelle et l'obligation de reconnaissance mutuelle transgressent les exigences de protection des droits fondamentaux découlant de l'identité constitutionnelle, cette confiance n'est plus digne d'être accordée¹²⁵⁴ puisqu'elle manquera de substance. La Cour constitutionnelle relativise donc sa pratique d'auto-limitation vis-à-vis du DUE¹²⁵⁵ au nom de la protection des droits fondamentaux les plus importants de sa Loi fondamentale. Cette approche confirme la validité qui était alors en suspens de l'article 73(2) IRG¹²⁵⁶.

¹²⁴⁷ Rn 49 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁴⁸ J. NOWAG, « EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R », *Common Market Law Review* 53, 2016, pages 1441 à 1454.

¹²⁴⁹ Point 1 du dispositif de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁵⁰ Rn 36 et 48 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁵¹ A. CALLIESS, « Constitutional Identity in Germany : One for Three or Three for One ? », Chapitre 8, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 153 à 181.

¹²⁵² Rn 43 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁵³ S. KAUFMANN, « Le Bundesverfassungsgericht et les limites à la primauté du droit de l'Union. Confrontation ou complémentarité dans l'intégration européenne ? », *RTD Eur.* n°1/2017, Janvier-mars 2017, pages 59 à 74.

¹²⁵⁴ A. GAILLET, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 15 décembre 2015, *AJDA*, 2016, pages 1112 à 1119.

¹²⁵⁵ Voir notamment Rn 34 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁵⁶ D. BRODOWSKI, « Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand: Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH : Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 – («Identitätskontrolle») und von EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016 – verbundene Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) », *Juristische Rundschau*; 2016(8), pages 415 à 432.

La Cour constitutionnelle adopte tout de même un ton amical¹²⁵⁷, destiné à rassurer et convaincre la CJUE. En tant qu'exception au principe de primauté et à l'autonomie du DUE, le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle est strictement appliqué par la BVerfG¹²⁵⁸. Ce contrôle est une « arme de dernier recours », appliqué dans le respect du principe de l'« Europafreundlichkeit »¹²⁵⁹, selon des hypothèses exceptionnelles et encadrées¹²⁶⁰. La Cour pose des exigences accrues en matière de recevabilité et la démonstration du requérant doit détailler dans quelle mesure la garantie de la dignité humaine est concrètement violée¹²⁶¹ puisque le contrôle est limité à ce principe¹²⁶².

Le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle ne devrait pas représenter un danger substantiel à l'application uniforme du DUE puisque l'identité « UE » est proche de l'identité constitutionnelle allemande et de son principe de dignité humaine¹²⁶³. Les deux ordres juridiques respectent des valeurs communes de dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme¹²⁶⁴. Il y a donc en principe une protection équivalente des droits fondamentaux¹²⁶⁵. La BVerfG observe en particulier la mesure telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne¹²⁶⁶. Cette prise en compte permet à la fois à la CJUE de participer à la

¹²⁵⁷ J. NOWAG, « EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R », *Common Market Law Review* 53, 2016, pages 1441 à 1454.

¹²⁵⁸ Rn 43 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁵⁹ Rn 43 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁶⁰ Rn 45 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁶¹ Rn 50 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

Par la suite, la BVerfG a par exemple retenu dans un autre arrêt BVerfG 2 BvR 890/16 du 6 sept 2016 une absence de motivation suffisante dans un premier cas, puis une absence d'atteinte à l'identité constitutionnelle dans un deuxième cas. La solution aurait pu être différente s'il ne s'était pas agi d'une solution complètement déterminée par le DUE.

¹²⁶² Dans l'arrêt BVerfG 2 BvR 890/16 du 6 sept 2016 : Le principe de la liberté de ne pas s'incriminer soi-même découle de l'état de droit article 20(3) LF et de la dignité humaine article 1(1) LF en combinaison avec l'article 2(1) LF, voir Rn 34 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 890/16. son contenu essentiel est défini aux Rn 35 et 36 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 890/16.

¹²⁶³ En principe, l'article 6 TUE, de la CDFUE et de la jurisprudence de la CJUE permet un tel rapprochement. Voir notamment le PGDUE concernant la dignité humaine dans la jurisprudence Omega de la CJUE : J. NOWAG, « EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R », *Common Market Law Review* 53, 2016, pages 1441 à 1454.

¹²⁶⁴ Article 2 TUE.

¹²⁶⁵ Article 6 TUE, 52(3) CDFUE voir Rn 46 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁶⁶ Rn 46 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

reconnaissance de la primauté du DUE mais la responsabilise aussi en matière de protection des DFUE. La CJUE a ainsi largement été influencée par l'ordonnance de la Cour constitutionnelle lorsqu'elle rend son arrêt *Aranyosi*¹²⁶⁷. Une menace n'est jamais aussi efficace que lorsqu'elle n'a pas besoin d'être mise en œuvre¹²⁶⁸ et la Cour constitutionnelle s'assure ainsi un rôle prépondérant dans le dialogue avec la CJUE. La Cour de Karlsruhe a joué un rôle moteur dans la reconnaissance d'un motif de non-exécution autonome du MAE, fondé sur la protection *concrète* des DFUE et les caractéristiques du contrôle en deux étapes.

En tant qu'exception, le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle ne porte pas atteinte au principe de coopération loyale prévu à l'article 4(3) TUE mais est, au contraire, permis par l'article 4(2) TUE et le respect de l'identité nationale¹²⁶⁹. Dans le cas particulier des motifs de non-exécution du MAE, la Cour constitutionnelle allemande s'appuie sur la décision-cadre elle-même afin de démontrer la nécessité de reconnaître la primauté de la protection des droits fondamentaux sur la confiance mutuelle¹²⁷⁰. « *(L)e fait que le principe de la confiance mutuelle ne soit pas illimité, même en vertu du droit de l'Union, signifie en même temps que les autorités judiciaires nationales ont le droit et l'obligation (...) de vérifier le respect des exigences de l'État de droit en présence d'indices pertinents, même si le mandat d'arrêt européen répond formellement aux conditions de la décision-cadre* »¹²⁷¹. « *Le droit de l'Union ne s'oppose donc pas à ce que les autorités judiciaires nationales respectent les exigences de l'État de droit garanties par la Charte des droits fondamentaux, mais il les exige* »¹²⁷². Elle fait ainsi référence au considérant 12 de la DC MAE et à la jurisprudence *Jeremy F* de la CJUE¹²⁷³ afin de

¹²⁶⁷ J. NOWAG, « EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R », *Common Market Law Review* 53, 2016, pages 1441 à 1454. ; D. BRODOWSKI, « Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand: Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH : Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 – (»Identitätskontrolle«) und von EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016 – verbundene Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) », *Juristische Rundschau*; 2016(8), pages 415 à 432.

¹²⁶⁸ Voir *infra*. Ce n'est pas réellement de DUE qui sera non-conforme à l'identité constitutionnelle.

¹²⁶⁹ Rn 44 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁷⁰ C. HAGUENAU-MOIZARD, « Identité constitutionnelle et mandat d'arrêt européen : l'exploitation de la jurisprudence *Melloni* par la Cour constitutionnelle allemande », *Europe* n°3, Mars 2016, étude n°2.

¹²⁷¹ Rn 105 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁷² Rn 105 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁷³ Rn 106 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

replacer les droits fondamentaux au centre de l'échiquier « UE » et ensuite introduire la protection constitutionnelle nationale. La Cour constitutionnelle affirme et insiste sur la primauté de la CDFUE sur le MAE¹²⁷⁴. En l'espèce, le droit à un recours effectif et à un procès équitable prévu à l'article 47 CDFUE¹²⁷⁵ interdit la remise en cas de risque de violation grave conformément à la logique « *Soering* » de la CourEDH¹²⁷⁶. La Cour constitutionnelle s'appuie notamment sur le fait que, si les juridictions nationales n'exerçaient pas de contrôle, l'État encourrait une condamnation par la CourEDH¹²⁷⁷. La Cour constitutionnelle remet alors en cause la présomption (quasi-)irréfragable de confiance mutuelle et le principe de primauté absolu du DUE tels qu'interprétés par la CourJUE dans ses arrêts *Radu, Melloni*¹²⁷⁸ et *Akerberg*. En cas de protection autonome insuffisante des DFUE, l'arrêt *Melloni* ne permet pas d'exonérer les juges allemands de leur devoir de contrôle du respect du droit national à la dignité.

La Cour constitutionnelle rattache le principe de culpabilité¹²⁷⁹ de manière assez extensive¹²⁸⁰ à la dignité humaine et au respect de l'état de droit¹²⁸¹. Il fait alors partie du noyau de l'identité constitutionnelle. Ce principe est indérogable et s'applique aux individus, même dans le domaine entièrement déterminé par le DUE¹²⁸².

Le principe de culpabilité exige que toute condamnation présuppose la détermination de la culpabilité individuelle¹²⁸³ puisque le jugement affecte la personne concernée dans son droit à être estimée et respectée¹²⁸⁴. Il est nécessaire de prouver la culpabilité de la personne pour légitimer sa condamnation. Dans le cadre du procès

¹²⁷⁴ Rn 94 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁷⁵ Rn 96 et 97 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁷⁶ Rn 96 et 98 à 104 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁷⁷ Appui sur la responsabilité des Etats membre face à la CourEDH. C. HAGUENAU-MOIZARD, « Identité constitutionnelle et mandat d'arrêt européen : l'exploitation de la jurisprudence *Melloni* par la Cour constitutionnelle allemande », *Europe* n°3, Mars 2016, étude n°2.

¹²⁷⁸ C. SAAS et T. WEIGEND « Chronique de droit pénal constitutionnel allemand », *RSC*, 2016, pages 831 à 844.

¹²⁷⁹ Rn 36 et 48 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14 « Schuldprinzip ».

¹²⁸⁰ J. NOWAG, « EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R », *Common Market Law Review* 53, 2016, pages 1441 à 1454.

¹²⁸¹ Rn 51 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14, article 20(3) de la Loi fondamentale.

¹²⁸² Rn 49 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁸³ Point 48 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁸⁴ Rn 54 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

pénal, un minimum de droits doit alors être garanti à l'accusé afin de s'assurer que celui-ci puisse présenter des circonstances ou objections qui puissent l'exonérer ou qui sont pertinentes pour la décision à rendre afin de défendre sa réputation¹²⁸⁵. Une juridiction doit pouvoir se faire une idée de la personnalité de l'accusé, de ses motifs, de son point de vue sur les faits, sur la victime et les circonstances de l'affaire lors d'une confrontation orale de l'accusé face aux juges. L'accusé doit au moins avoir le droit de présenter personnellement des arguments de nature à justifier, excuser ou amoindrir les faits, ce qui exige la présence de l'individu à son procès¹²⁸⁶. Ce principe, s'il n'est pas respecté par le DUE, constitue le fondement d'un motif « allemand » de non-exécution du MAE¹²⁸⁷.

La violation du principe de culpabilité constatée par la Cour constitutionnelle allemande provient davantage de la mauvaise application du DUE par la décision judiciaire¹²⁸⁸ que du DUE lui-même¹²⁸⁹. Il n'était pas réellement nécessaire d'activer le

¹²⁸⁵ Rn 56 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁸⁶ Rn 52 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14, développement de la justification en lien avec la dignité humaine et l'état de droit Rn 53 à 55. Ce que cela implique en pratique : voir Rn 56 à 59. En résumé, la mise en œuvre du principe de culpabilité est menacée si l'établissement des faits réels n'est pas garanti. Le principe de culpabilité rend nécessaire des garanties minimales dans le procès pénal, qui assurent que l'accusé puisse faire valoir et faire examiner des circonstances qui peuvent conduire à sa disculpation ou être pertinentes pour la fixation de la peine. Ces garanties doivent également être respectées en cas de remise aux fins de l'exécution d'un jugement pénal rendu en l'absence de la personne poursuivie. La fixation d'une peine appropriée, qui constitue un reproche moral et éthique, présuppose l'examen de la personnalité de l'accusé et donc, en principe, sa présence.

¹²⁸⁷ Point 4 du dispositif de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14, la violation constatée en l'espèce Rn 35 ressort plutôt de l'application du DUE par le juge ordinaire allemand que du DUE lui-même voir *infra*. La clause d'identité comme motif de refus individuel face au droit secondaire : voir A. CALLIESS, « Constitutional Identity in Germany : One for Three or Three for One ? », Chapitre 8, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 153 à 181.

¹²⁸⁸ Rn 51 et 53 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

D. BRODOWSKI, « Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand: Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH : Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 – (»Identitätskontrolle«) und von EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016 – verbundene Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU (Pál Aranyosi und Robert Căldărăru) », *Juristische Rundschau*; 2016(8), pages 415 à 432.

¹²⁸⁹ Rn 76 à 108 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

A. GAILLET, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 15 décembre 2015, *AJDA*, 2016, pages 1112 à 1119.

contrôle du respect de l'identité constitutionnelle¹²⁹⁰. La DC MAE prévoit un motif facultatif de refus à l'article 4 bis DC MAE en cas de jugement par défaut qui aurait pu être appliqué¹²⁹¹. Malgré l'obligation d'exécution MAE et la limitation des motifs de refus¹²⁹², une possibilité de remettre ponctuellement en cause la confiance mutuelle existait sur le fondement du DUE¹²⁹³ et la protection des DFUE était suffisante¹²⁹⁴.

La Cour constitutionnelle avait donc pour but principal de poser une limite au principe de primauté par rapport à la protection concrète des droits fondamentaux¹²⁹⁵ et de réintroduire la concurrence des différents niveaux de protection dans le cadre de la mise en œuvre du MAE en particulier et du DUE en général¹²⁹⁶. Elle revient en conséquence sur la limitation des motifs de refus par la CJUE et reconnaît un motif « allemand » supplémentaire fondé sur un droit fondamental constitutionnel. Afin de renforcer l'effet de sa décision, la Cour a d'ailleurs écarté toute question préjudicielle¹²⁹⁷. L'inconvénient de cette démarche reste cependant de ne pouvoir qu'imposer unilatéralement, pour son propre Etat membre, un motif de non-exécution allemand du MAE et une limite « allemande » à la primauté. La question de sa réception dans les autres Etats membres est dépendante des autres juridictions suprêmes et constitutionnelles nationales ou de la CJUE. La participation à la discussion

¹²⁹⁰ D. BRODOWSKI, « Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand: Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH : Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 – (»Identitätskontrolle«) und von EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016 – verbundene Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) », *Juristische Rundschau*; 2016(8), pages 415 à 432.

¹²⁹¹ F. MEYER, « From Solange II to Forever I : The German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (and how the CJEU responded) », *New Journal of European Criminal Law*, volume 7/2016/03, 2017, pages 277 à 294.

¹²⁹² Rn 77 et suiv de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁹³ Rn 81 à 95 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁹⁴ Rn 95 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹²⁹⁵ M. GUIRESSE, « Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle : réflexions sur le juge européen », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/02/08/cooperation-judiciaire-penale/quand-le-juge-constitutionnel-allemand-encadre-la-confiance-mutuelle-reflexions-sur-le-juge-europeen-des-droits-fondamentaux/>, 2017, dernière consultation juillet 2020.

¹²⁹⁶ F. MEYER, « From Solange II to Forever I : The German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (and how the CJEU responded) », *New Journal of European Criminal Law*, volume 7/2016/03, 2017, pages 277 à 294.

¹²⁹⁷ Voir Rn 125 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14. : application de la théorie de l'acte clair. Se référer à l'arrêt CJCE, *CILFIT*, 6 Octobre 1982. Affaire 283/81.

« européenne » sur la protection des droits fondamentaux reste ainsi limitée. Elle y remédiera cependant dans un second temps¹²⁹⁸.

La solution de la Cour constitutionnelle conduit en conséquence à étendre le contrôle suffisant des autorités judiciaires d'exécution allemandes puisque les garanties minimales imposées par l'identité constitutionnelle doivent également être respectées lors de la décision sur la remise. Les tribunaux allemands ont à cet égard une "responsabilité de garantie"¹²⁹⁹ par ricochet lorsqu'ils décident de la remise à l'État membre d'émission¹³⁰⁰. Ils ont l'obligation concrète de clarifier les faits¹³⁰¹ lorsque l'individu dont la remise est demandée soulève un doute suffisamment étayé¹³⁰². En cas de violation des exigences minimales posées par l'identité constitutionnelle allemande, la demande de remise doit être déclarée irrecevable¹³⁰³.

La Cour constitutionnelle relativise¹³⁰⁴ pourtant les conséquences de ce contrôle plus approfondi des autorités judiciaires d'exécution allemandes face au principe de confiance mutuelle¹³⁰⁵. Les garanties équivalentes au sein des États membres, le respect des valeurs communes de l'article 2 TUE, la participation de l'ensemble des États membres au système de la CEDH et le lien reconnu entre la CEDH et la CDFUE dans le cadre de l'article 51(1) CDFUE¹³⁰⁶ font de ce contrôle un contrôle exceptionnel, lorsque la confiance est (déjà) ébranlée¹³⁰⁷. Le devoir d'enquête n'intervient que lorsque la

¹²⁹⁸ Voir *infra*.

Cette ordonnance est vue comme première tendance à revendiquer une participation chez S. KAUFMANN, « Le Bundesverfassungsgericht et les limites à la primauté du droit de l'Union. Confrontation ou complémentarité dans l'intégration européenne ? », *RTD Eur.* n°1/2017, Janvier-mars 2017, pages 59 à 74.

¹²⁹⁹ „Gewährleistungsverantwortung.“

¹³⁰⁰ Rn 59 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹³⁰¹ Rn 62, 63 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹³⁰² Rn 64 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹³⁰³ Rn 75 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹³⁰⁴ M. GUIRESSE, « Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle : réflexions sur le juge européen », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/02/08/cooperation-judiciaire-penale/quand-le-juge-constitutionnel-allemand-encadre-la-confiance-mutuelle-reflexions-sur-le-juge-europeen-des-droits-fondamentaux/>, 2017, dernière consultation juillet 2020.

A. GAILLET, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 15 décembre 2015, *AJDA*, 2016, pages 1112 à 1119.

¹³⁰⁵ Rn 62, 63 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹³⁰⁶ Rn 73 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14, confirmation Rn 33 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 890/16.

¹³⁰⁷ Rn 67 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

protection de la dignité humaine est sérieusement questionnée en raison d'éléments factuels particuliers¹³⁰⁸. La Cour constitutionnelle a ensuite transposé et adapté sa pratique en matière d'extradition et de protection des droits fondamentaux en droit international¹³⁰⁹ afin d'encadrer ce contrôle dans le cadre du MAE¹³¹⁰ en raison de la confiance renforcée entre les Etats membres¹³¹¹. Comme en matière d'asile, la personne poursuivie a la charge d'exposer les faits¹³¹². La recherche d'assurances, contraignantes en droit international, est en principe de nature à lever d'éventuels doutes quant à l'admissibilité de la remise, à moins qu'il ne faille s'attendre à ce que l'assurance ne soit pas respectée¹³¹³. Enfin, le degré de probabilité exigé du risque est relevé. En règle générale, la « seule » existence de violations graves, manifestes ou massives des droits de l'homme n'est pas suffisante en elle-même pour constituer les indices concrets pertinents exigés¹³¹⁴. On remarque que la CJUE s'est largement inspiré de cette interprétation par la suite.

Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont adopté une démarche qui s'appuie également sur la revendication du respect de l'identité constitutionnelle française mais dans un but bien différent que la revendication du pluralisme et de la protection accrue des droits fondamentaux.

¹³⁰⁸ Rn 74 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14, confirmation Rn 33 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 890/16.

¹³⁰⁹ Rn 68 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹³¹⁰ Rn 72 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹³¹¹ Rn 73 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14, confirmation Rn 33 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 890/16.

¹³¹² Rn 69 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹³¹³ Rn 70 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

¹³¹⁴ Rn 71 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 2735/14.

b) L'identité constitutionnelle à visée sécuritaire du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat français : une limite critiquable à la primauté du droit de l'Union

Dans un esprit de conciliation, le Conseil constitutionnel a adapté en 2004¹³¹⁵ et en 2006¹³¹⁶, mais pas totalement abandonné, son contrôle *a priori*¹³¹⁷ et *a posteriori*¹³¹⁸ de constitutionnalité de la loi¹³¹⁹ lorsqu'elle met strictement en œuvre le DUE¹³²⁰. Dans ce cadre, le Conseil constitutionnel restreint son contrôle au respect de l'identité constitutionnelle et des droits fondamentaux¹³²¹. Il contrôle alors, indirectement et de façon limitée, la validité du droit dérivé de l'UE mis en œuvre. Pour ce faire, le Conseil constitutionnel a procédé à la constitutionnalisation du principe de primauté et des obligations de transposition des directives UE et d'adaptation des règlements UE qui en émanent. Jusqu'à l'arrêt du 15 octobre 2021, cette approche pouvait paraître conciliante bien qu'elle limite potentiellement le principe de primauté¹³²².

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des traités UE prévu par l'article 54 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a reconnu la consécration constitutionnelle

¹³¹⁵ CC Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 (Loi pour la confiance dans l'économie numérique); CC Décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004 (Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle); CC Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004 (Loi relative à la bioéthique); CC Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 (Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel).

¹³¹⁶ CC Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 (Loi pour l'égalité des chances); CC Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 (Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information); CC Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006 (Loi relative au secteur de l'énergie).

¹³¹⁷ Conformément à l'article 61 de la Constitution.

¹³¹⁸ Conformément à l'article 61-1 de la Constitution.

¹³¹⁹ F.-X. MILLET, « Constitutional Identity in France : Vice and - Above all - Virtues », Chapitre 7, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 134 à 152.

¹³²⁰ Absence de marge nécessaire : voir D. RITLENG, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'UE - Le Conseil constitutionnel est juge de la conventionnalité des lois d'application des règlements de l'Union européenne (Conseil constitutionnel 12 juin 2018, n° 2018-765 DC), *RTD Eur.*, 2018, page 830.

Lorsqu'une disposition législative met en œuvre le DUE mais que le législateur dispose d'une marge d'appréciation, le Conseil constitutionnel opère un contrôle classique de la conformité à la Constitution de ces dispositions : voir notamment considérant n°20 CC Décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004; considérant n°5 CC Décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013.

¹³²¹ Considérant n°9 CC Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004; considérant n°7 CC Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004; considérant n°8 CC Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.

¹³²² CC Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021 (Société Air France).

de la participation française à l'UE¹³²³ par l'article 88-1 de la Constitution et la limitation de souveraineté¹³²⁴ qui en découle¹³²⁵. La constitutionnalisation du principe de primauté lui donne cependant une autre origine que le DUE¹³²⁶. Du point de vue du Conseil constitutionnel, le principe de primauté du droit de l'Union découle de la Constitution et reste soumis à elle¹³²⁷. Le droit primaire de l'UE *conserve finalement le caractère d'un traité international*¹³²⁸ et possède à ce titre une autorité (seulement) supérieure à celle des lois conformément à l'article 55 de la Constitution¹³²⁹. Cette approche a été reconnue par le Conseil d'Etat¹³³⁰. La reconnaissance textuelle et explicite au niveau de l'Union du principe de primauté n'aurait rien modifié de cette approche¹³³¹. Ce principe ne vaut que dans le respect du principe d'attribution¹³³² et celui de l'identité nationale des Etats membres¹³³³. Ainsi, la spécificité du DUE (primaire) est relativisée malgré la consécration par le pouvoir constituant « *d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »¹³³⁴ lors de l'adoption de l'article 88-1 de la Constitution.

L'adoption des traités constitutifs de l'Union européenne par la France peut être limitée par « *les droits et libertés constitutionnellement garantis* » et les « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* »¹³³⁵. Dans ce cadre, tous les droits fondamentaux constitutionnels sont *a priori* une limite potentielle au principe de primauté

¹³²³ Considérants n°5 et 6 CC Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004.

¹³²⁴ Considérants n°5 et 8 CC Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007.

¹³²⁵ Considérant n°8 CC Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007.

¹³²⁶ Considérants n°5 et 6 CC Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004.

¹³²⁷ Commentaire de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 « *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n° 18.

¹³²⁸ Considérant n°9 CC Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004. Affirmation dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des traités UE.

¹³²⁹ Considérant n°10 CC Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010.

¹³³⁰ Considérant n°11 CE ass., Sté Arcelor Atlantique et Lorraine, 8 février 2007, n°287110.

¹³³¹ Considérant n°12 CC Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004. Consécration qui était prévue à l'article I-6 du Traité établissant une constitution sur l'Europe.

¹³³² Appui sur l'article I-1 du Traité établissant une constitution sur l'Europe.

¹³³³ Appui sur l'article I-5 du Traité établissant une constitution sur l'Europe.

¹³³⁴ Considérant n°11 CC Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004; considérant n°7 CC Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007.

¹³³⁵ Considérant n°7 CC Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004; considérant n°9 CC Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007. Insistance sur ces deux éléments notamment aux considérants 3 et 4 CC Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007.

du droit de l'Union¹³³⁶. Cette limite est cependant relative puisque le conflit entre le DUE primaire et la constitution peut être surmonté par une révision constitutionnelle¹³³⁷, ce qu'interdit la BVerfG lorsque ces droits fondamentaux font partie de l'identité constitutionnelle allemande¹³³⁸. Les questions de souveraineté représentent d'ailleurs un obstacle plus fréquent que la protection des droits fondamentaux¹³³⁹. La limite au principe de primauté va devenir plus stricte au regard du droit dérivé de l'UE.

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* de la loi, conformément à l'article 61 de la Constitution, la limitation stricte du principe de primauté et de l'autonomie du DUE passe par la constitutionnalisation de ses obligations par le Conseil constitutionnel¹³⁴⁰. En raison de l'origine désormais constitutionnelle du principe de primauté, « *tant la transposition en droit interne d'une directive de l'Union européenne que le respect d'un règlement de l'Union européenne (...) résultent d'une exigence constitutionnelle* »¹³⁴¹ fondée sur l'article 88-1 de la Constitution. Ces exigences constitutionnelles de transposition des directives et d'adaptation des règlements UE ont alors été intégrées dans le contrôle de constitutionnalité de la loi¹³⁴².

Ce contrôle de constitutionnalité de la loi devrait en principe concerner les décisions-cadres, puisque la directive n'est que la forme nouvelle ou évoluée que prend la décision-cadre¹³⁴³. L'adoption du MAE a cependant conduit à la révision

¹³³⁶ F.-X. MILLET, « Constitutional Identity in France : Vice and - Above all - Virtues », Chapitre 7, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 134 à 152.

¹³³⁷ Voir notamment considérant n°7 CC Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 et considérants n°1 et n°9 CC Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007.

¹³³⁸ Voir BVerfG, Zweiten Senat, 12. Oktober 1993 - 2 BvR 2134, 2159/92 ; BVerfG, Zweiten Senat, 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 - 2 BvE 5/08 - 2 BvR 1010/08 - 2 BvR 1022/08 - 2 BvR 1259/08 - 2 BvR 182/09.

¹³³⁹ Voir *infra*.

¹³⁴⁰ Ces mêmes exigences constitutionnelles ont été reconnues par le Conseil d'Etat, nous y reviendrons *infra*. Voir considérant n°11 CE ass., *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine*, 8 février 2007, n°287110.

¹³⁴¹ Considérant n°2 CC Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018. L'exigence constitutionnelle de transposition des directives a connu sa première consécration au considérant n°7 CC Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004. L'extension au règlement date de la décision voir notamment CC Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018.

¹³⁴² D. RITLENG, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'UE - Le Conseil constitutionnel est juge de la conventionnalité des lois d'application des règlements de l'Union européenne (Conseil constitutionnel 12 juin 2018, n° 2018-765 DC), *RTD Eur.*, 2018, page 830.

¹³⁴³ F.-X. MILLET, « Constitutional Identity in France : Vice and - Above all - Virtues », Chapitre 7, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 134 à 152.

constitutionnelle du 25 mars 2003¹³⁴⁴. L'article 88-2 de la Constitution y est spécifiquement dédié¹³⁴⁵ et la DC MAE constitue *a priori* une particularité en raison du mandat particulier du Conseil constitutionnel visant à lui donner plein effet¹³⁴⁶. En raison des tendances actuelles¹³⁴⁷ et de la sensibilité de la matière, il est cependant nécessaire d'observer l'approche du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité de la loi de mise en oeuvre du DUE.

L'intégration de ces obligations constitutionnelles conduit à un élargissement des critères du contrôle constitutionnel et le rôle du Conseil constitutionnel sans que celui-ci ne s'implique formellement dans le développement du DUE¹³⁴⁸. Le Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive¹³⁴⁹ ou d'une loi ayant pour objet d'adapter le droit interne à un règlement de l'Union¹³⁵⁰, veille au respect de ces exigences.

Cette intégration semble dans un premier temps favorable aux effets du principe de primauté et à l'efficacité du DUE¹³⁵¹ en plus d'assurer une cohérence entre ordres juridiques UE et interne¹³⁵². Dans un second temps, elle donne surtout le prétexte nécessaire à un contrôle de validité du droit dérivé de l'Union au regard de l'identité

¹³⁴⁴ Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 [Mandat d'arrêt européen].

¹³⁴⁵ Considérant n°5 CC Décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013.

¹³⁴⁶ F.-X. MILLET, « Constitutional Identity in France : Vice and - Above all - Virtues », in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 134 à 152.

¹³⁴⁷ Voir *infra*.

¹³⁴⁸ Cette exigence ne vise pas le contenu matériel du DUE mais une obligation « procédurale » de celui-ci. D'ailleurs, si la transposition résulte d'une exigence constitutionnelle, « *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une (autre) directive communautaire qu'elle n'a pas pour objet de transposer en droit interne (...)* » : voir considérant n°28 CC Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006.

¹³⁴⁹ Considérant n°18 CC Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006; considérant n°5 CC Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006; considérant n°18 CC Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010; considérant n°3 CC Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018.

¹³⁵⁰ Considérant n°3 CC Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018.

¹³⁵¹ Commentaire de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 « Traité établissant une Constitution pour l'Europe », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n° 18.

¹³⁵² M. VERPEAUX, « Les résistances de la Constitution française », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 46, note n°1208, 15 Novembre 2021, pages 2100 à 2013.

constitutionnelle de la France. Le résultat final peut résulter en une limite stricte du principe de primauté du DUE et son autonomie.

Le Conseil constitutionnel a progressivement précisé¹³⁵³ que « *le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite* »¹³⁵⁴. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel limite la portée de son contrôle à des dispositions législatives manifestement incompatibles avec la directive ou le règlement¹³⁵⁵ afin de constater la non-conformité à l'article 88-1 de la Constitution¹³⁵⁶. Il confirme ainsi sa position de retrait vis-à-vis du DUE¹³⁵⁷. Le contrôle opéré est pourtant une forme de contrôle de conventionnalité limité, intégré dans le contrôle de constitutionnalité¹³⁵⁸. Le CC évite de se faire l'interprète du DUE¹³⁵⁹.

Ensuite et surtout, la transposition d'une directive UE ou l'adaptation d'un règlement UE « ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à

¹³⁵³ CC Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006; CC Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006 et, dans une moindre mesure, CC Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006. Approfondissement notamment lors CC Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010; Décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013; CC Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018; CC Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021.

¹³⁵⁴ Considérant n°18 CC Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006; considérant n°5 CC Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006; considérant n°18 CC Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010; considérant n°3 CC Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018.

¹³⁵⁵ Considérant n°20 CC Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006; considérant n°7 CC Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006; considérant n°18 CC Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010.

¹³⁵⁶ Considérant n°20 CC Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006; considérant n°7 CC Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006; considérant n°18 CC Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010. Cette impossibilité est justifiée par les délais de procédures devant le Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 61 de la Constitution.

¹³⁵⁷ Il s'agit-là de ne pas revenir sur sa jurisprudence constante qui veut qu'« *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel (...) d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France* ». Voir CC Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, considérants 2 à 7.

¹³⁵⁸ Référence à un contrôle de conventionnalité limité chez D. RITLENG, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'UE - Le Conseil constitutionnel est juge de la conventionnalité des lois d'application des règlements de l'Union européenne (Conseil constitutionnel 12 juin 2018, n° 2018-765 DC), *RTD Eur.*, 2018, page 830.

¹³⁵⁹ Il ne recherche et n'observe ainsi que le respect de l'objectif général poursuivi par la directive et ses dispositions inconditionnelles : considérant n°9 CC Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006; considérant n°30 CC Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006.

l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »¹³⁶⁰. Le contrôle de la loi de transposition ou d'adaptation peut donc conduire à la confrontation des deux exigences formellement constitutionnelles mais d'importance inégale. Cette confrontation justifie *in fine* le contrôle de validité de la directive ou du règlement au regard d'une partie de la Constitution. L'identité constitutionnelle prime sur l'efficacité du DUE et refuse sa primauté ainsi que son autonomie. Le contrôle de validité de la directive ou du règlement se fait normalement sur le fondement des droits fondamentaux de l'UE par la CJUE¹³⁶¹ et ne dépend pas du Conseil constitutionnel. L'identité constitutionnelle devrait donc renvoyer à une règle ou un principe qui constitue une garantie liée à la protection des droits fondamentaux¹³⁶² et qui n'existe pas au niveau européen¹³⁶³.

En matière de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi¹³⁶⁴, le contrôle de constitutionnalité est également adapté par le Conseil constitutionnel lorsqu'il revient à observer la validité du DUE. La question prioritaire de constitutionnalité donne le droit à toute personne partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit¹³⁶⁵. Ce recours est donc spécifiquement dédié à la protection des droits fondamentaux

¹³⁶⁰ Considérant n°19 CC Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006; considérant n°6 CC Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006; considérant n°18 CC Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010; considérant n°3 CC Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018; considérant n°9 CC Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021.

D. RITLENG, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'UE - Le Conseil constitutionnel est juge de la conventionnalité des lois d'application des règlements de l'Union européenne (Conseil constitutionnel 12 juin 2018, n° 2018-765 DC), *RTD Eur.*, 2018, page 830.

Cette expression remplace une première, critiquée et trop vague, faisant référence à une « *disposition expresse contraire de la Constitution* » : dans considérant n°7 CC Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004; considérant n°18 CC Décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004; considérant n°4 CC Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004; considérant n°7 CC Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.

¹³⁶¹ Voir considérant n°9 CC Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021.

NB : élément relatif aux droits fondamentaux de l'Union européenne déjà mentionné aux considérant n°7 CC Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004; considérant n°18 CC Décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004; considérant n°4 CC Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004; considérant n°7 CC Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.

¹³⁶² Ce qui est confirmé par les motifs soulevés dans le cadre de la QPC voir *infra*.

¹³⁶³ M. VERPEAUX, « Les résistances de la Constitution française », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 46, note n°1208, 15 Novembre 2021, pages 2100 à 2013.

¹³⁶⁴ Prévues à l'article 61-1 de la Constitution.

¹³⁶⁵ Voir explication détaillée : « Qu'est-ce que la QPC ? », <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions/la-qpc>.

constitutionnels¹³⁶⁶. Dans le cadre du contrôle *a posteriori* des lois qui mettent strictement en œuvre le DUE¹³⁶⁷, le Conseil constitutionnel ne contrôle la conformité des dispositions contestées au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, que « *dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »¹³⁶⁸. Le Conseil constitutionnel inscrit donc son contrôle¹³⁶⁹ dans une QPC limitée à la question du respect de l'identité constitutionnelle qui sera une fois encore une limite stricte au principe de primauté. Le Conseil constitutionnel ne devrait sélectionner comme critère de contrôle que les droits fondamentaux constitutionnels¹³⁷⁰ ne trouvant pas une équivalence dans la protection autonome des droits fondamentaux de l'Union et qui constituent une règle ou un principe original(e) à l'ordre juridique de la France¹³⁷¹.

Dans le prolongement, le contrôle de constitutionnalité du Conseil d'Etat des actes réglementaires assurant directement la transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement est aussi appelé à s'exercer selon des modalités particulières selon son arrêt « Arcelor »¹³⁷². Il y a peu de chance que le Conseil d'Etat soit confronté à un acte réglementaire mettant en œuvre la DC MAE puisque sa transposition relève du domaine de la loi.

¹³⁶⁶ Pour cette raison, « *le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives (et d'adaptation des règlements) (qui) ne relève pas des « droits et libertés que la Constitution garantit » (...) ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité* » : voir considérant n°19 CC Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010.

¹³⁶⁷ Considérant n°12 CC Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021.

¹³⁶⁸ Considérant n°13 CC Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021.

¹³⁶⁹ Le Conseil constitutionnel avait notamment pour la première fois posé une question préjudicielle afin de déterminer l'étendue de son contrôle en matière de QPC dans le cadre du MAE : CC Décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013.

¹³⁷⁰ Au regard du type de recours.

¹³⁷¹ En raison du caractère « inhérent » identitaire.

¹³⁷² CE ass., Sté Arcelor Atlantique et Lorraine, 8 février 2007, n°287110. Considération n°6 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n° 393099; considérant n°10 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

Le Conseil d'Etat s'inspire de l'approche du Conseil constitutionnel¹³⁷³ concernant l'origine constitutionnelle du principe de primauté et les exigences constitutionnelles de transposition des directives et d'adaptation des règlements UE¹³⁷⁴ mais adopte une solution qui articule et concilie¹³⁷⁵ ses diverses compétences de contrôle¹³⁷⁶ ainsi que les primautés du DUE et de la Constitution grâce aux droits fondamentaux, en se focalisant sur le contenu matériel de ces droits¹³⁷⁷. Si son contrôle revient à indirectement contrôler la validité du DUE vis-à-vis de la Constitution, « *il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit (de l'Union) qui (...) garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué* »¹³⁷⁸. La recherche et le principe d'équivalence des protections¹³⁷⁹ permet de coupler le contrôle de constitutionnalité avec le contrôle de

¹³⁷³ Une approche qui n'est pas tout à fait la même : voir F.-X. MILLET, « Constitutional Identity in France : Vice and - Above all - Virtues », Chapitre 7, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF (dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 134 à 152.

¹³⁷⁴ Considérant n°11 CE ass., Sté Arcelor Atlantique et Lorraine, 8 février 2007, n°287110. G. DRAGO, « La « guerre des juges » n'aura pas lieu », *La Semaine Juridique*, Administrations et Collectivités territoriales n° 14, note n°2081, 2 Avril 2007. ; D. RITLENG, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'UE - Le Conseil d'Etat rappelle comment faire le filtre des QPC portant sur des lois de transposition d'une directive européenne (CE 13 mars 2019, n° 424565, M^{me} A. C.) », *RTD Eur.*, 2019, pages 935 à 936.

¹³⁷⁵ G. DRAGO, « La « guerre des juges » n'aura pas lieu », *La Semaine Juridique*, Administrations et Collectivités territoriales n° 14, note n°2081, 2 Avril 2007.

¹³⁷⁶ Le Conseil d'Etat est à la croisée des chemins entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité.

Voir L. COUTRON, « Nouvelle confirmation de la jurisprudence *Melki et Abdeli* : la persistance de l'obligation de renvoi préjudiciel en dépit du rejet de l'exception d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-322/16, *Global StarNet*) », *RTD Eur.*, 2018 pages 367 à 368. ; A. ILIOPOULOU-PENOT, « La sanction des juges suprêmes nationaux pour défaut de renvoi préjudiciel. Réflexions autour de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 4 octobre 2018, Commission c/ France, aff. C-416/17 », *RFDA*, 2019, pages 139 à 148.

¹³⁷⁷ En l'espèce, était contestée une ordonnance qui avait procédé à la transposition en droit interne des dispositions d'une directive sans que le législateur dispose d'une marge d'appréciation concernant les dispositions contestées. Le requérant avait invoqué la non-conformité de la transposition à un principe général du droit de l'Union européenne et à plusieurs principes de valeur constitutionnelle. Voir considérants n°7, 8, 9 et 10 CE ass., Sté Arcelor Atlantique et Lorraine, 8 février 2007, n°287110.

¹³⁷⁸ Considérant n°11 CE ass., Sté Arcelor Atlantique et Lorraine, 8 février 2007, n°287110; considération n°6 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n° 393099; considérant n°10 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

¹³⁷⁹ G. DRAGO, « La « guerre des juges » n'aura pas lieu », *La Semaine Juridique*, Administrations et Collectivités territoriales n° 14, note n°2081, 2 Avril 2007.

conventionalité et finalement d'assurer le respect du droit de l'union et constitutionnel¹³⁸⁰. La conformité du droit de l'Union au Principe générale du droit de l'Union européenne vaut conformité du décret à la Constitution¹³⁸¹. Cette solution est idéale puisqu'elle permet d'assurer simultanément l'effectivité du droit de l'Union et du droit constitutionnel¹³⁸².

En revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit de l'UE équivalent, le juge administratif examine directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées¹³⁸³, ce qui revient à contrôler la validité de la directive ou du règlement au regard de la Constitution. Il existe donc également une limite stricte¹³⁸⁴ et « de dernier recours » face à la primauté du DUE en cas de non-équivalence des protections dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. La formulation ne semble pas limiter le contrôle au respect de la seule identité constitutionnelle française mais se réfère de façon générale à une disposition ou un principe constitutionnel et donc à n'importe quel droit fondamental constitutionnel¹³⁸⁵. En 2021, le rapporteur utilisait le terme d'identité constitutionnelle alors que le CE s'est bien gardé d'employer cette expression¹³⁸⁶. Aussi, l'éventuelle absence d'équivalence des protections voudrait-elle forcément dire que les

¹³⁸⁰ Considérant n°11 CE ass., Sté Arcelor Atlantique et Lorraine, 8 février 2007, n°287110 ; considération n°6 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n° 393099; considérant n°10 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n° 393099.

¹³⁸¹ Considérant n°11 CE ass., Sté Arcelor Atlantique et Lorraine, 8 février 2007, n°287110 ; considération n°6 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n° 393099; considérant n°10 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n° 393099.

¹³⁸² G. DRAGO, « La « guerre des juges » n'aura pas lieu », *La Semaine Juridique*, Administrations et Collectivités territoriales n° 14, note n°2081, 2 Avril 2007, pages 29 à 35.

¹³⁸³ Considérant n°11 CE ass., Sté Arcelor Atlantique et Lorraine, 8 février 2007, n°287110; considération n°6 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n° 393099; considérant n°10 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

¹³⁸⁴ D. SIMON, « Retour des monologues juridictionnels croisés ? À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire « *French Data* » », *Europe* n° 6, Juin 2021, étude n°3.

¹³⁸⁵ Il est cependant soutenu que le Conseil d'Etat fait référence à l'identité constitutionnelle française, qui doit être spécifique au système juridique français et relative aux droits fondamentaux dans A. SCHNETTGER, « Article 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European Legal System », Chapitre 2, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 9 à 37. et F.-X. MILLET, « Constitutional Identity in France : Vice and - Above all - Virtues », Chapitre 7, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 134 à 152. Voir aussi D. RITLENG, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'UE - Le Conseil d'Etat rappelle comment faire le filtre des QPC portant sur des lois de transposition d'une directive européenne (CE 13 mars 2019, n° 424565, *M^{me} A. C.*) », *RTD Eur.*, 2019, pages 935 à 936.

¹³⁸⁶ D. SIMON, « Retour des monologues juridictionnels croisés ? À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire « *French Data* » », *Europe* n° 6, Juin 2021, étude n°3.

dispositions ou principes constitutionnels restants fassent partie de l'identité constitutionnelle ?

L'absence de protection équivalente de l'Union de certains droits fondamentaux appartenant à l'identité constitutionnelle française devait être de plus en plus théorique en raison du développement de la protection autonome des DFUE. Jusqu'à récemment, l'identité constitutionnelle française ne représentait d'ailleurs qu'un « danger » assez théorique puisqu'aucune règle ou aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France n'avait été clairement identifié et encore moins appliqué¹³⁸⁷.

Deux arrêts récents des 21 avril 2021¹³⁸⁸ et 17 décembre 2021¹³⁸⁹ ont changé la donne. La jurisprudence récente du Conseil d'Etat illustre un nouvel esprit d'opposition qui handicapera certainement les possibilités de dialogue avec l'UE¹³⁹⁰. Le Conseil d'Etat retient désormais que, lorsque la non-conformité d'un acte réglementaire est constatée au regard du DUE dérivé - une directive ou un règlement - dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité¹³⁹¹, le juge administratif doit d'opérer un contrôle de constitutionnalité du droit de l'Union s'il est saisi par le défendeur d'un moyen tiré de ce qu'une règle de droit national, alors même qu'elle est contraire au droit de l'Union, ne saurait être écartée sans priver de garanties effectives une exigence constitutionnelle¹³⁹².

¹³⁸⁷ Considérant n°28 CC Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006.

Certains auteurs de doctrine pronostiquaient par exemple la reconnaissance de la forme républicaine, le principe d'égalité à la française, le droit d'asile en tant que principes inhérents, voir notamment explications F.-X. MILLET, « Constitutional Identity in France : Vice and - Above all - Virtues », Chapitre 7, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 134 à 152.

¹³⁸⁸ CE ass., French Data, 21 avril 2021, n°393099.

¹³⁸⁹ CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

¹³⁹⁰ E. DUBOUT, « La manière française de (ne pas) faire du droit européen », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 6, note n° 221, 14 Février 2022, pages 340 à 345.

On peut se demander si ce n'est pas également en raison de la condamnation récente de la France par la CJUE pour manquement judiciaire du CE en matière de question préjudicielle : voir J. D. LEFEUVRE, « L'arrêt de la CJUE du 4 octobre 2018, Commission c. France, vertus et limites du dialogue des juges au Palais Royal », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/17/informations-generales/larret-de-la-cjue-du-4-octobre-2018-commission-c-france-vertus-et-limites-du-dialogue-des-juges-au-palais-royal/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

¹³⁹¹ Considération n°7 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n° 393099; considérant n°11 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

¹³⁹² Considération n°7 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n° 393099; considérant n°11 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

C'est nouvelle arme donnée au gouvernement défendeur surpris en flagrant délit de non-respect du DUE. Le rejet catégorique d'un contrôle « ultra vires » défendu par le gouvernement n'est qu'une maigre consolation¹³⁹³. La recherche d'équivalence, avant solution de conciliation, est introduite en tant qu'étape supplémentaire du contrôle de conventionnalité alors même que l'élément constitutionnel n'était pas relevé par le requérant. Le juge administratif doit alors « rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit de l'Union européenne qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge de l'Union, garantit par son application l'effectivité de l'exigence constitutionnelle invoquée »¹³⁹⁴.

Dans l'affirmative, la primauté du droit de l'Union est respectée et la disposition nationale écartée¹³⁹⁵. Si, à l'inverse, une telle disposition ou un tel principe général du droit de l'Union n'existe pas ou que la portée n'est pas équivalente à celle que la Constitution garantit, le juge administratif doit « examiner si, en écartant la règle de droit national au motif de sa contrariété avec le droit de l'Union européenne, il priverait de garanties effectives l'exigence constitutionnelle dont le défendeur se prévaut et, le cas échéant, d'écarter le moyen dont le requérant l'a saisi »¹³⁹⁶. L'approche est bien plus « conflictualiste » que pluraliste¹³⁹⁷ puisque si le droit de l'Union n'assure pas l'exacte protection des principes constitutionnels en cause, le juge administratif doit paralyser l'application du droit de l'Union au nom du respect de la norme constitutionnelle¹³⁹⁸.

Le Conseil d'Etat a même lui-même défini le principe constitutionnel en cause en l'espèce. Outre le fait qu'il ne lui revient pas de définir de telles règles ou principes constitutionnels, le Conseil d'Etat « instrumentalise » les droits fondamentaux

¹³⁹³ Considérant n° CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n° 393099; considérant n°11 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

Voir à ce sujet D. SIMON, « Retour des monologues juridictionnels croisés ? À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire « French Data » », *Europe* n° 6, Juin 2021, étude n°3.

¹³⁹⁴ Considération n°7 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n° 393099; considérant n°11 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

¹³⁹⁵ Considération n°7 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n° 393099; considérant n°11 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

¹³⁹⁶ Considérant n°7 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n°393099; considérant n°11 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

¹³⁹⁷ E. DUBOUT, « La manière française de (ne pas) faire du droit européen », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 6, note n° 221, 14 Février 2022, pages 340 à 345. et jurisprudences citées.

¹³⁹⁸ D. SIMON, « Retour des monologues juridictionnels croisés ? À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire « French Data » », *Europe* n° 6, Juin 2021, étude n°3.

constitutionnels¹³⁹⁹. Sur le fondement des articles 12 DDHC et 16 DDHC, le Conseil d'Etat retient que « *la garantie des droits sans laquelle une société n'a point de constitution* » nécessite une force publique¹⁴⁰⁰. Les droits fondamentaux sont liés à la sécurité nationale pour limiter la réalisation d'autres droits fondamentaux, notamment « *la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée* »¹⁴⁰¹, y compris quand ils sont protégés par une directive de l'Union. Le Conseil d'Etat déduira aussi la nécessaire libre disposition de la force armée¹⁴⁰² des articles 5, 15, 20 et 21 de la Constitution¹⁴⁰³.

Le Conseil d'Etat a ainsi dégagé un principe constitutionnel sécuritaire, s'opposant potentiellement à la primauté d'un droit de l'Union jugé trop protecteur¹⁴⁰⁴. La conciliation entre sécurité et droits fondamentaux ne peut se faire qu'au niveau national. En effet, conformément à l'article 4(2)TUE¹⁴⁰⁵, l'UE doit respecter « *l'identité nationale des Etats membres* » qui vise notamment les « *fonctions essentielles de l'Etat* » dont celles qui assurent la sauvegarde de la sécurité nationale¹⁴⁰⁶. La sécurité nationale reste donc « *de la seule responsabilité des Etats membres* »¹⁴⁰⁷ et sa mise en balance déterminée au niveau national.

¹³⁹⁹ E. DUBOUT, « La manière française de (ne pas) faire du droit européen », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 6, note n° 221, 14 Février 2022, pages 340 à 345.

D. Simon parle d'une identité constitutionnelle dévoyée sans être formellement certain qu'il s'agisse bien de cela au regard de la formulation peu claire employée par le Conseil d'Etat : voir D. SIMON, « Retour des monologues juridictionnels croisés ? À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire « *French Data* » », *Europe* n° 6, Juin 2021, étude n°3.

¹⁴⁰⁰ Considérant n°9 considération n°7 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n°393099.

¹⁴⁰¹ Considérant n°9 considération n°7 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n°393099.

¹⁴⁰² Considérant n°13 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125. appui sur les décisions du Conseil constitutionnel n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014 et n° 2014-450 QPC du 27 février 2015.

¹⁴⁰³ Considérant n°12 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

¹⁴⁰⁴ Dans le premier arrêt, la disposition nationale s'est *in fine* avérée conforme au DUE ou, lorsque ce n'était pas le cas, le DUE lui-même n'était pas contraire aux exigences constitutionnelles, parfois sous conditions : voir respectivement considérants n°35, 39, 41 puis n°57, 58, 74, 77, 80, 83 et n°58 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n°393099. Dans le second arrêt, le droit de transition est déclaré conforme au DUE sans contrôle du respect des exigences constitutionnelles annoncées : voir considérants n°41 à 44 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

E. DUBOUT, « La manière française de (ne pas) faire du droit européen », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 6, note n° 221, 14 Février 2022, pages 340 à 345.

¹⁴⁰⁵ Considérant n°10 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n°393099; considérant n°14 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

¹⁴⁰⁶ Considérant n°10 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n°393099.

¹⁴⁰⁷ Considérant n°10 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n°393099.

Dans ce cadre, la limitation de la protection des DF(UE) est justifiée par « *les objectifs de protection de la sécurité nationale et de lutte contre la criminalité grave* » qui « *contribuent à la protection des droits et des libertés d'autrui* »¹⁴⁰⁸, conformément à l'article 52(1) CDFUE¹⁴⁰⁹. Le Conseil d'Etat cherche ainsi à justifier le principe constitutionnel dégagé sur le fondement du DUE et des DFUE. S'il ne peut s'appuyer sur l'article 6 de la Charte, qui garantit le droit à la sûreté, les articles 3, 4 et 7 de la CDFUE peuvent conduire à « *des obligations positives à la charge de l'Etat, incluant la mise en place de règles permettant une lutte effective contre certaines infractions pénales* »¹⁴¹⁰.

Le Conseil d'Etat retient que, dans le cadre de la sécurité nationale, « *les exigences constitutionnelles mentionnées (...) ne sauraient être regardées comme bénéficiant, en droit de l'Union, d'une protection équivalente à celle que garantit la Constitution* »¹⁴¹¹. L'appui sur le DUE amène pourtant au constat que les objectifs invoqués ne sont pas spécifiques à l'identité constitutionnelle de la France, mais se retrouvent dans l'ensemble des droits nationaux des Etats membres. Ils ont parfaitement été intégrés dans les objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union¹⁴¹². L'absence d'équivalence constatée par le Conseil d'Etat semble alors de principe¹⁴¹³, du seul fait qu'il s'agisse du domaine de la sécurité nationale et alors qu'il a artificiellement été mis en avant¹⁴¹⁴. Aucune mise en balance entre liberté et sécurité n'est proposée. Seul compte l'efficacité de la répression, non l'équilibre entre sécurité et liberté¹⁴¹⁵. Le respect de l'« *exigence constitutionnelle* » de sécurité est évalué sur la seule base des méthodes d'investigation disponibles des forces de l'ordre¹⁴¹⁶.

¹⁴⁰⁸ Considérant n°10 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n°393099.

¹⁴⁰⁹ Considérant n°10 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n°393099.

¹⁴¹⁰ Considérant n°10 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n°393099.

¹⁴¹¹ Considérant n°10 CE ass., French Data Network, 21 avril 2021, n°393099; considérant n°16 CE ass., G.Q., 17 décembre 2021, n°437125.

¹⁴¹² D. SIMON, « Retour des monologues juridictionnels croisés ? À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire « *French Data* » », *Europe* n° 6, Juin 2021, étude n°3.

¹⁴¹³ E. DUBOUT, « La manière française de (ne pas) faire du droit européen », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 6, note n° 221, 14 Février 2022, pages 340 à 345.

¹⁴¹⁴ Le lien artificiel entre la sécurité nationale et les droits fondamentaux est notamment relevé chez D. SIMON, « Retour des monologues juridictionnels croisés ? À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire « *French Data* » », *Europe* n° 6, Juin 2021, étude n°3.

¹⁴¹⁵ E. DUBOUT, « La manière française de (ne pas) faire du droit européen », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 6, note n° 221, 14 Février 2022, pages 340 à 345.

¹⁴¹⁶ E. DUBOUT, « La manière française de (ne pas) faire du droit européen », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 6, note n° 221, 14 Février 2022, pages 340 à 345.

Le 15 octobre 2021, apparemment inspiré par le Conseil d'Etat du point de vue méthodologique, le Conseil constitutionnel a lui aussi donné un premier élément de définition de l'identité constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a ainsi déterminé que « *l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » est une exigence qui constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »¹⁴¹⁷ sans conclure à son non-respect¹⁴¹⁸. Le principe dégagé relève à nouveau d'un aspect sécuritaire plutôt que de la protection des droits fondamentaux. De la même façon que le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel a utilisé le droit fondamental de l'article 12 de la DDHC comme intermédiaire. La « *garantie des droits de l'Homme et du Citoyen* » par une force publique « *instituée pour l'avantage de tous* » justifie l'interdiction de déléguer des compétences de police administrative générale en ce qu'elle est nécessaire à la garantie des droits¹⁴¹⁹. Le principe de la nécessité d'une force publique donne à l'identité constitutionnelle de la France une dimension sécuritaire sans que cela ne constitue une menace aussi grave que celle inscrite dans les arrêts du Conseil d'Etat.

Les droits constitutionnels et l'identité constitutionnelles ne sont pas les seuls moyens de se positionner face au droit de l'Union et à sa primauté .

¹⁴¹⁷ Considérant n°15 CC Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021 (Société Air France).

¹⁴¹⁸ Voir conclusion considérant n°19 CC Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021 (Société Air France).

¹⁴¹⁹ Considérant n°15 CC Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021 (Société Air France).

2) La participation à la protection « européenne » des droits fondamentaux : une condition à la primauté formelle du droit de l'Union européenne

Au regard du développement du DUE et de la coopération judiciaire pénale, l'enjeu actuel pour les juridictions suprêmes et constitutionnelles ne semble plus (seulement) de limiter le principe la primauté du DUE mais de participer à la définition de son contenu matériel afin que la primauté soit acceptable. Il s'agit pour les juridictions de s'aménager une marge d'action, un rôle plus pro-actif et légitime dans la définition de la protection européenne multi-niveaux des droits fondamentaux au sein de la coopération judiciaire pénale, notamment dans le cadre du MAE.

Dans ce cadre, il s'agit de contrôler la bonne application du droit de l'Union européenne plutôt que de discuter de sa validité. La validité intrinsèque du DUE est en principe acceptée, mais la façon de le mettre en œuvre peut encore être discutée au regard des droits fondamentaux. Cette évolution se justifie notamment par celle de la jurisprudence de la CJUE qui, dans ses arrêts *Aranyosi* et suivants, a dégagé une dimension plus matérielle de la confiance mutuelle ainsi qu'une protection autonome plus concrète et plus protectrice des droits fondamentaux de l'Union européenne. La participation des juridictions suprêmes ou constitutionnelles à la bonne application du MAE peut permettre l'approfondissement de cette jurisprudence et du contenu de la protection des DFUE. Le but est de trouver un espace pour une discussion constructive, même si elle peut être parfois assez ardue.

Le choix des droits fondamentaux appliqués en tant que standards de contrôle de la bonne application du DUE, en particulier de la DC MAE et de la directive DEE, est essentiel. L'application unique des droits fondamentaux constitutionnels ne semble pas la plus pertinente. Il paraît plus intéressant de s'appuyer sur les droits fondamentaux de l'Union européenne eux-mêmes ou encore sur des droits fondamentaux qui tout en étant « externes » représentent un fondement commun entre l'UE et les Etats membres, tels que les droits fondamentaux garantis par la CEDH¹⁴²⁰. La conciliation des primautés européennes et constitutionnelles semble alors plus aisée et secondaire puisque l'enjeu

¹⁴²⁰ Voir aussi J-M. SAUVÉ, « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », Congrès du 25ème anniversaire de l'Académie de droit européen (ERA) à Trèves le 19 octobre 2017, site officiel du Conseil d'Etat, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-autorite-du-droit-de-l-union-europeenne-le-point-de-vue-des-juridictions-constitutionnelles-et-supremes>, 2017, dernière consultation juillet 2020.

dépasse la question de la primauté formelle du DUE pour aller vers le contenu matériel de ce droit autonome mais intégré.

La Cour de cassation française a ainsi fait le choix d'une « troisième voie » en écartant l'application des droits fondamentaux nationaux mais aussi ceux de l'Union européenne garantis par la CDFUE. Tout en respectant, du moins en grande partie, la jurisprudence de la CJUE relative à la mise en œuvre du MAE et la primauté du DUE, la Cour de cassation a depuis longtemps fondé un possible refus d'exécution de la remise sur le risque de violation d'un droit fondamental garanti par la CEDH **(a)**.

Très récemment et de façon surprenante, la Cour constitutionnelle allemande a complété son « arsenal » face au droit de l'Union par un contrôle de la bonne application du DUE. Celui-ci s'effectue alternativement au regard des droits fondamentaux inscrits dans la Loi fondamentale allemande ou - et c'est la nouveauté - des droits fondamentaux garantis par la CDFUE. Dans le cadre de la mise en œuvre du MAE, la Cour constitutionnelle allemande contrôle la bonne application de la décision-cadre face aux droits fondamentaux de l'Union afin d'apprécier la protection proposée **(b)**. La juridiction y trouve la justification à l'adaptation et à l'extension de ses compétences de contrôle. Cela ne représente pas un durcissement mais au contraire une forme « d'adoucissement » de son approche vis-à-vis du DUE. C'est aussi le moyen de ne pas s'isoler et de prendre part au développement de l'ELSJ et de la coopération judiciaire pénale.

a) L'emploi unique de la CEDH par la Cour de cassation française : un développement externe du motif de non-exécution du MAE

La Cour de cassation respecte largement l'objectif d'efficacité du MAE. Elle reconnaît l'obligation de principe de reconnaissance et d'exécution du MAE, fondée sur le principe de confiance mutuelle et la primauté des dispositions de la DC MAE telle qu'interprétée par la CJUE¹⁴²¹. Ainsi, sur le principe, « *l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne saurait être refusée pour des motifs autres que ceux que prévoit la Décision-cadre et les textes pris pour son application* »¹⁴²². Les motifs de refus d'exécution d'un MAE, prévus en droit de l'Union et rappelés en droit interne¹⁴²³, sont limitativement énumérés. Le respect des droits fondamentaux de la personne réclamée n'en fait cependant pas partie et très vite, les chambres de l'instruction ont été confrontées à cette difficulté. La Cour de cassation a alors clairement fait entendre que les droits fondamentaux ne sauraient être ignorés. La Cour de cassation a décrété que « *l'exécution d'un mandat d'arrêt européen peut être refusée en cas de non respect des droits fondamentaux garantis par l'article 1, § 3, de la décision-cadre du 13 juin 2002* »¹⁴²⁴. En particulier, la Cour de cassation estime que le droit de l'Union ne délie pas les Etats membres de leur obligation de respecter la CEDH lors de la mise en œuvre du droit interne, fût-il de transposition de la DC MAE¹⁴²⁵.

La Cour de cassation annonce dès 2010 un motif de non-exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux en se fondant, non pas sur le DUE et la CDFUE, ni sur la Constitution ou l'identité constitutionnelle de la France, mais sur les droits fondamentaux garantis par la CEDH. En raison du développement de la protection autonome des DFUE, notamment depuis la jurisprudence *Aranyosi*, la question est alors de savoir pourquoi la Cour de cassation a développé et surtout continue d'approfondir sa jurisprudence sur le

¹⁴²¹ Quatrième attendu Cass. crim. 28 février 2012, n°12-80.744. lors de l'examen du cinquième moyen Cass. crim. 27 juillet 2016, n°16-84.592 ; cinquième attendu Cass. crim. 2 mai 2018, n°18-82.167.

¹⁴²² Premier attendu Cass. crim. 28 février 2012, n°12-80.744.

¹⁴²³ La liste est reprise aux articles 695-22, 695-23 et 695-24 du code de procédure pénale.

¹⁴²⁴ Voir notamment cinquième attendu Cass. crim. 2 mai 2018, n°18-82.167.

¹⁴²⁵ E. DREYER, « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne doit pas porter d'atteinte excessive à la vie privée », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 49, note n°1298, 6 Décembre 2021, pages 2250 à 2253.

fondement d'un texte étranger au droit de l'Union¹⁴²⁶. La protection autonome des droits fondamentaux de l'Union européenne et sa primauté sont relativisées par l'usage unique de la CEDH en tant qu'exception à l'exécution du MAE. L'appui sur la CEDH relativise au moins partiellement la primauté de la DC MAE telle qu'interprétée par la CJUE. Cette solution est pourtant plus conciliante qu'il n'y paraît.

En effet, la Cour de cassation refuse d'employer les droits fondamentaux constitutionnels, ce qui la démarque du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat et lui assure son indépendance¹⁴²⁷. Son approche est alors bien différente de celle du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat. Elle développe sa propre approche en matière de protection des droits fondamentaux sans trancher la question relative au conflit entre primauté du droit de l'Union européenne et primauté constitutionnelle. La Cour de cassation n'a pas pour but de contrôler la validité du DUE mais cherche plutôt à participer à l'élaboration de critères relatifs à sa bonne application dans le cadre de situations concrètes. La Cour de cassation ne met pas en lumière une singularité française mais utilise le socle commun offert par la CEDH pour mettre l'accent sur une protection commune minimale mais suffisante des droits fondamentaux dans l'Union¹⁴²⁸.

Le but premier de la Cour de cassation est une meilleure protection des droits des individus en tant que condition à la primauté du DUE. La Cour de cassation a alors bien saisi l'intérêt de se fonder sur une base conventionnelle sans forcément employer la CDFUE. La Cour de cassation fait preuve d'une remarquable ouverture aux standards déterminés par le juge strasbourgeois¹⁴²⁹ et l'adoption de cette « troisième voie » lui permet de garder le pouvoir juridictionnel inédit par son ampleur et ses potentialités que

¹⁴²⁶ Question posée en des termes proches dans E. DREYER, « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne doit pas porter d'atteinte excessive à la vie privée », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 49, note n°1298, 6 Décembre 2021, pages 2250 à 2253.

¹⁴²⁷ Son renvoi préjudiciel relatif à l'articulation potentiellement problématique de la QPC avec le système préjudiciel est une illustration parlante de sa recherche d'autonomie. Voir à ce sujet J.B. PERRIER, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : de la réticence à la diligence », *RFDC*, 2010/4, n°84, 2010, pages 793 à 809.

¹⁴²⁸ Cet élément rejoint l'idée de perméabilité, de normativité partagée afin de rechercher une résolution des conflits chez A. CALLIESS et A. SCHNETTGER, « The Protection of Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism », Chapitre 16, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 348 à 371.

¹⁴²⁹ Voir en ce sens : J. RAVANAS, « Le contrôle de conventionnalité, exercé par la Cour de cassation, d'une mesure judiciaire ordonnée au titre de l'article 9 alinéa 2 du Code civil », *Recueil Dalloz*, 2001, pages 1571 à 1574.

lui offre le contrôle de conventionnalité¹⁴³⁰. La Cour de cassation reste précautionneuse face aux standards de protection posés par la CJUE sur le fondement de la CDFUE, malgré leur éventuelle invocation par les requérants. La Cour de cassation peut ainsi anticiper, proposer une solution tout en s'assurant qu'en cas de refus postérieur de la CJUE elle dispose encore d'une marge de manœuvre.

Le principe de primauté de DUE est conditionné, comme dans la jurisprudence de la CourEDH, au caractère suffisant de sa protection des droits fondamentaux. Ce caractère suffisant doit au moins correspondre aux standards minimums de la CEDH. Une telle approche devrait développer le dialogue entre juridictions sur la protection « européenne » des droits fondamentaux. La discussion porte sur les droits fondamentaux à protéger et la méthodologie du contrôle applicable¹⁴³¹.

La Cour de cassation développe dès 2010 un motif de non-exécution du MAE relatif à une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale garanti à l'article 8 CEDH en tant qu'obstacle à la remise¹⁴³².

La Cour de cassation utilise l'obligation de motivation des décisions de justice afin de faire de l'argument relatif à la violation d'un droit fondamental « une articulation essentielle » de la défense à laquelle il convient de répondre¹⁴³³. Sinon, « *l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence* »¹⁴³⁴ et le jugement est annulé. Si l'individu soulève l'argument selon lequel celui-ci dispose d'une vie privée et familiale qui ferait obstacle à sa remise, la juridiction doit donc y répondre¹⁴³⁵. En l'espèce, la chambre de l'instruction n'avait pas vérifié si la remise de la personne recherchée « *ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* »¹⁴³⁶ et n'avait donc pas

¹⁴³⁰ Cass., ch.mixte, 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Vabre, D. 1975. Cet arrêt fait suite à la déclaration d'incompétence formulée par le Conseil constitutionnel s'agissant du contrôle de conventionnalité de la loi : CC, décision n° 75-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse.

¹⁴³¹ Ce que la CJUE a justement cherché à autonomiser.

¹⁴³² Cass. crim. 12 mai 2010, n°10-82.746.

D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, A. JEANNE, L. LEBLOND, C. MONGOUACHON, N. REICHLING, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er juin 2019 – 30 novembre 2019) », *Europe* n° 2, Février 2020, chronique n°1.

¹⁴³³ Troisième attendu Cass. crim. 12 mai 2010, n°10-82.746.

¹⁴³⁴ Troisième attendu Cass. crim. 12 mai 2010, n°10-82.746.

¹⁴³⁵ Quatrième attendu Cass. crim. 12 mai 2010, n°10-82.746.

¹⁴³⁶ Cinquième et sixième attendus Cass. crim. 12 mai 2010, n°10-82.746.

justifié sa décision¹⁴³⁷. La Cour de cassation crée une obligation de contrôle non prévue par la DC MAE puisque ce contrôle est nécessaire à la motivation de la décision¹⁴³⁸. Il vise à vérifier l'existence d'une atteinte au droit à la vie privée et familiale en cas de remise et sa gravité. Une atteinte est suffisante pour écarter la remise uniquement lorsqu'elle est disproportionnée. Cette approche rappelle quelque peu l'idée de protection du « contenu essentiel » des droits fondamentaux utilisée plus tard par la CJUE dans sa jurisprudence *LM*. La Cour de cassation reconnaît un nouveau motif potentiel de non-exécution du MAE, externe au DUE, fondé sur le droit de la CEDH¹⁴³⁹. Sa recevabilité remet en cause l'automaticité de l'exécution du MAE¹⁴⁴⁰ et la présomption de confiance mutuelle d'abord absolue puis continuera d'élargir les motifs de sa réfragabilité exceptionnelle.

Cette solution est intervenue alors que la question de l'existence d'un motif de non-exécution relatif aux droits fondamentaux n'était pas encore tranchée et écartée par les arrêts *Radu* et *Melloni*, ni l'étendue du contrôle « suffisant » déterminée. L'arrêt *Melloni* peut en ce sens être perçu comme une réaction aux prises de position antérieures des juridictions suprêmes ou constitutionnelles des Etats membres. Le résultat obtenu n'est pas celui escompté par la CJUE puisque la Cour de cassation a par la suite confirmé et surtout effectivement déployé le motif de refus relatif au droit à la vie privée et familiale. En 2015¹⁴⁴¹, elle valide¹⁴⁴² ainsi un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Poitiers qui avait refusé la remise aux autorités judiciaires par application de ce motif. La Cour de cassation a même dans une certaine mesure renforcé la

¹⁴³⁷ Cinquième et sixième attendus Cass. crim. 12 mai 2010, n°10-82.746.

¹⁴³⁸ Cette motivation permet l'examen de l'appréciation du juge par le Cour de cassation et l'extension du contrôle opéré par le juge. Voir aussi B. AUBERT, « De quelques évolutions en matière de mandat d'arrêt européen », *AJ Pénal*, 2017, pages 111 à 114.

¹⁴³⁹ Il est référé à un motif de refus « implicite » chez D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, L. CLÉMENT-WILZ, J. HEYMANN, A. JEANNE, L. LEBLOND, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er mai 2018 – 30 novembre 2018) », *Europe* n° 2, Février 2019, chronique n°1.

¹⁴⁴⁰ E. DREYER, « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne doit pas porter d'atteinte excessive à la vie privée », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 49, note n°1298, 6 Décembre 2021, pages 2250 à 2253.

¹⁴⁴¹ Cass. crim. 5 mai 2015, n°15-82.108.

D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, A. JEANNE, L. LEBLOND, C. MONGOUACHON, N. REICHLING, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er juin 2019 – 30 novembre 2019) », *Europe* n° 2, Février 2020, chronique n°1.

¹⁴⁴² Troisième attendu Cass. crim. 5 mai 2015, n°15-82.108.

protection du droit à la vie privée et familiale en 2016¹⁴⁴³. La juridiction doit ainsi procéder à un contrôle si « *la personne recherchée, même si elle ne visait pas (explicitement) l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, (avait fait valoir) ses attaches familiales et professionnelles* » en France¹⁴⁴⁴. La Cour de cassation n'est donc pas prête à abandonner tout contrôle du respect concret des droits fondamentaux, bien qu'elle admette une large confiance mutuelle.

Le motif de refus fondé sur la CEDH et relatif au droit à la vie privée et familiale a donc été maintenu, y compris après l'adoption par la CJUE du motif de non-exécution autonome fondé sur la DC MAE (DUE) et les DFUE dans l'arrêt *Aranyosi*. La Cour a encore sanctionné le 26 juin 2019¹⁴⁴⁵ le contrôle insuffisant de l'atteinte à la vie privée dans une affaire où un mandat émis en 2012 visait la remise d'une ressortissant polonais pour l'exécution d'une peine de 8 mois d'emprisonnement pour des faits d'escroquerie prononcée en 2004¹⁴⁴⁶. Cela s'explique notamment par le fait que le motif de non-exécution autonome, fondé sur l'article 1(3) de la DC MAE, n'a pas encore été combiné avec l'article 7 de la CDFUE, équivalent à l'article 8 CEDH¹⁴⁴⁷. La jurisprudence de la Cour de cassation continue de jouer un rôle de complément dans l'élaboration progressive de la protection autonome du DUE en matière d'exécution du MAE. C'est un appel envoyé à la CJUE à étendre sa jurisprudence « *Aranyosi* » en la matière et auquel elle aurait tout intérêt à répondre si elle souhaite une primauté absolue du DUE tel qu'interprété. Ce serait également l'occasion d'encadrer son application en déterminant ou validant les critères et la méthodologie du contrôle.

L'exécution d'un MAE pour atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale n'est pas systématiquement refusée, bien au contraire. La Cour de cassation ne

¹⁴⁴³ Cass. crim., 12 avril 2016, n° 16-82.175.

D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, L. CLÉMENT-WILZ, J. HEYMANN, A. JEANNE, L. LEBLOND, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er mai 2018 – 30 novembre 2018) », *Europe* n° 2, Février 2019, chronique n°1.

¹⁴⁴⁴ Cinquième attendu Cass. crim., 12 avril 2016, n° 16-82.175.

¹⁴⁴⁵ Cass. crim., 26 juin 2019, n° 19-83.554.

¹⁴⁴⁶ La chambre de l'instruction avait confondu appréciation de la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée avec le motif de refus facultatif de l'article 695-22, 2° du Code de procédure pénale.

Voir D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, A. JEANNE, L. LEBLOND, C. MONGOUACHON, N. REICHLING, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er juin 2019 – 30 novembre 2019) », *Europe* n° 2, Février 2020, chronique n°1.

¹⁴⁴⁷ E. DREYER, « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne doit pas porter d'atteinte excessive à la vie privée », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 49, note n°1298, 6 Décembre 2021, pages 2250 à 2253.

constate que rarement une telle disproportion¹⁴⁴⁸. Malgré le caractère subjectif¹⁴⁴⁹ et plus approfondi du contrôle par rapport à celui défini par la CJUE, le but est de trouver un équilibre satisfaisant entre les objectifs de protection et d'effectivité, non d'opposer un refus systématique à la remise. La Cour de cassation fait aussi parfois montre d'une souplesse favorable à l'efficacité du MAE. Elle a par exemple retenu que, si les juges doivent apprécier la proportionnalité de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée et familiale par l'exécution du MAE, et non par sa délivrance comme c'était le cas en l'espèce¹⁴⁵⁰, la décision de la juridiction n'encourt pas la censure tant que le contrôle opéré démontre *in fine* que la *remise* ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale¹⁴⁵¹. La Cour donne aussi, à l'instar de la CJUE, un rôle actif à l'individu visé par la remise dans la démonstration de l'atteinte excessive à son droit à la vie privée et familiale. Lorsque « *la personne recherchée s'est bornée à indiquer qu'elle vivait maritalement et avait un projet de mariage sans en tirer aucune conséquence sur l'atteinte éventuelle portée au droit au respect de la vie privée et familiale par la mise à exécution du mandat d'arrêt européen* »¹⁴⁵², la juridiction n'a alors pas à approfondir son contrôle ni à justifier davantage sa décision de remise. *A fortiori*, les motifs tirés de la situation personnelle et familiale de l'intéressé qui déclare lui-même que sa compagne ne lui rend pas visite et qu'il ne voit pas son enfant, ne sont pas étayés et la personne peut être remise¹⁴⁵³.

La Cour de cassation encadre le contrôle de proportionnalité par plusieurs critères qui conduisent à exiger un degré de gravité somme-toute important. Dans le cadre d'une appréciation globale, la juridiction d'exécution doit ainsi prendre en compte la gravité de

¹⁴⁴⁸ E. DREYER, « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne doit pas porter d'atteinte excessive à la vie privée », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 49, note n°1298, 6 Décembre 2021, pages 2250 à 2253.

¹⁴⁴⁹ E. DREYER, « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne doit pas porter d'atteinte excessive à la vie privée », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 49, note n°1298, 6 Décembre 2021, pages 2250 à 2253.

¹⁴⁵⁰ Cass. crim. 20 octobre 2021, n° 21-85.583, point 10.

E. DREYER, « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne doit pas porter d'atteinte excessive à la vie privée », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 49, note n°1298, 6 Décembre 2021, pages 2250 à 2253.

¹⁴⁵¹ Cass. crim. 20 octobre 2021, n° 21-85.583, point 11.

E. DREYER, « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne doit pas porter d'atteinte excessive à la vie privée », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 49, note n°1298, 6 Décembre 2021, pages 2250 à 2253.

¹⁴⁵² Troisième attendu Cass. crim. 12 avr. 2016, n° 16-81.891.

¹⁴⁵³ Troisième attendu Cass. crim. 6 sept. 2016, n°16-85.011.

l'infraction et le quantum de la peine¹⁴⁵⁴ ainsi que l'existence et le degré d'intégration sociale et économique de la personne visée. Suite à l'évolution de la jurisprudence de la CJUE en matière de protection concrète des droits fondamentaux dans le cadre du MAE, le degré de gravité exigé par la Cour de cassation semble même avoir été relevé ou du moins précisé en ce qui concerne le « *minimum d'intégration* »¹⁴⁵⁵ à démontrer afin de considérer que « *l'insertion familiale (...) n'ait pas été constituée de toutes pièces* »¹⁴⁵⁶.

Le critère le plus important semble être la gravité de l'infraction reprochée, qu'il faut compenser¹⁴⁵⁷ par la démonstration de la réalité et de l'importance particulière de l'intégration sociale. Il faut démontrer que l'arrivée en France ne vise pas seulement à échapper aux condamnations pénales¹⁴⁵⁸. Le simple projet de mariage en France avec la personne chez laquelle l'individu est hébergé n'est par exemple pas suffisant¹⁴⁵⁹. Même une vie familiale avérée en France peut constituer une intégration sociale insuffisante¹⁴⁶⁰ pour compenser le vol en multi-récidive d'une personne se sachant poursuivie dans son pays d'origine¹⁴⁶¹. L'intégration sociale peut en plus être relativisée du fait de la résidence de moins de cinq ans sur le territoire français, l'absence de maîtrise de la langue française et l'absence de nationalité française de sa femme. La situation de dépendance économique de l'individu conforte également l'autorisation de la remise¹⁴⁶². Même une personne de nationalité française, ayant son domicile en France et mère de quatre enfants, à sa charge et scolarisés en France¹⁴⁶³, peut être remise car sa situation ne « *compense* »¹⁴⁶⁴ pas la gravité d'un « *cambriolage d'un logement privé en combinaison avec des dommages matériels* » en état de récidive, au regard du mode opératoire et de

¹⁴⁵⁴ Le caractère excessif de la peine prononcée par la juridiction étrangère échappe au contrôle de l'autorité judiciaire requise et ne peut constituer un motif de refus en soit. troisième attendu Cass. crim. 1er juin 2016, n°16-83.398.

¹⁴⁵⁵ Motif auquel renvoie le deuxième attendu Cass. crim. 1er juin 2016, n°16-83.398.

¹⁴⁵⁶ Motif auquel renvoie le deuxième attendu Cass. crim. 1er juin 2016, n°16-83.398.

¹⁴⁵⁷ Cass. crim. 12 avril. 2016, n°16-81.891.

¹⁴⁵⁸ Motif auquel renvoie le deuxième attendu Cass. crim. 1er juin 2016, n°16-83.398.

¹⁴⁵⁹ Cass. crim. 12 avril 2016, n° 16-81.891.

¹⁴⁶⁰ Troisième attendu Cass. crim. 1er juin 2016, n°16-83.398.

¹⁴⁶¹ Premier attendu Cass. crim. 1er juin 2016, n°16-83.398.

¹⁴⁶² Cass. crim. 1er juin 2016, n°16-83.398.

¹⁴⁶³ Attendu 6 Cass. crim 20 octobre 2021, n°21-85.583.

¹⁴⁶⁴ Attendu 8 Cass. crim 20 octobre 2021, n°21-85.583.

l'importance du préjudice financier et la peine maximale encourue de dix ans d'emprisonnement¹⁴⁶⁵.

La Cour de cassation vise potentiellement la protection de tous les droits la CEDH et a donc poursuivi son travail de protection au-delà du droit à la vie privée et familiale¹⁴⁶⁶. Parallèlement à la jurisprudence *Aranyosi, LM* et *Dorobantu*, la Cour de cassation a notamment reconnu un motif de refus d'exécution fondé sur l'article 3 CEDH qui, comme l'article 4 CDFUE, consacre l'interdiction aux traitements inhumains ou dégradants¹⁴⁶⁷. L'absence d'alignement complet de la Cour de cassation avec la CJUE s'explique d'abord par l'antériorité du motif fondé sur l'article 3 CEDH¹⁴⁶⁸ à la jurisprudence *Aranyosi* et aussi sa postériorité avec l'arrêt *Melloni*. La première reconnaissance d'un motif de refus fondé sur l'article 3 CEDH date de 2014¹⁴⁶⁹ et la Cour de cassation avait entériné de façon parlante l'absence de question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 1(3) DC MAE. Elle évitait ainsi le risque de voir les jurisprudences *Radu* et *Melloni* ré-appliquées aux fins de refus d'un motif de non-exécution du MAE, européen ou national, relatif à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et de la torture. La Cour de cassation étend alors la possibilité de s'appuyer sur la CEDH afin de refuser la remise en cas de risque de traitement inhumain ou dégradant¹⁴⁷⁰ et pose une nouvelle limite externe à l'approche encore (quasi-) exclusivement formelle de la protection autonome des DFUE et au principe de primauté de la DC MAE. Sa jurisprudence a d'ailleurs pu, comme celle de la Cour constitutionnelle allemande¹⁴⁷¹, influencer la reconnaissance du motif de refus autonome fondé sur l'article 1(3) DC combiné à l'article 4 CDFUE par la jurisprudence *Aranyosi* de la CJUE.

Le motif de refus fondé sur l'article 3 CEDH peut ainsi notamment être activé en raison de conditions de détention constituant un risque « *sérieux* » de traitement inhumain

¹⁴⁶⁵ Septième attendu, Cass. crim 20 octobre 2021, n°21-85.583.

¹⁴⁶⁶ E. DREYER, « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne doit pas porter d'atteinte excessive à la vie privée », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 49, note n°1298, 6 Décembre 2021, pages 2250 à 2253.

¹⁴⁶⁷ Cass. crim. 24 juillet 2019, n°19-84.167.

¹⁴⁶⁸ Cass. crim. 20 mai 2014, n°14-83.138.

¹⁴⁶⁹ Cass. crim. 20 mai 2014, n°14-83.138.

¹⁴⁷⁰ Cass. crim. 20 mai 2014, n°14-83.138.

¹⁴⁷¹ Voir *supra* et *infra*.

ou dégradant en cas de remise, par exemple sous forme de pressions et représailles¹⁴⁷². La Cour de cassation intègre désormais la méthodologie « *Aranyosi* » dans sa jurisprudence afin de déterminer s'il s'agit d'un risque « *de nature à faire exception au régime général d'automatisme des remises du mandat d'arrêt européen en raison d'une insuffisance de la protection des droits fondamentaux* »¹⁴⁷³ sans pour autant abandonner l'utilisation de l'article 3 CEDH pour l'article 4 CDFUE. La Cour de cassation se montre aussi exigeante que la CJUE en matière de caractérisation du risque découlant des conditions de détention et réaffirme avec force le principe de confiance mutuelle entre Etats membres de l'Union européenne¹⁴⁷⁴. Les limites étroites dans lesquelles est inséré le motif de non-exécution d'un MAE tiré d'un risque de traitements inhumains ou dégradants sont ainsi confirmées. Si tous les motifs de non-exécution fondé sur la CEDH sont étroitement interprétés par la Cour de cassation, c'est encore plus vrai s'agissant de celui dégagé par la Cour de justice depuis l'arrêt *Aranyosi*¹⁴⁷⁵.

La Cour de cassation a validé l'obligation du commencement de la preuve¹⁴⁷⁶ par la personne dont la remise est demandée¹⁴⁷⁷. En cas d'insuffisance¹⁴⁷⁸, le contrôle approfondi de l'autorité judiciaire n'est pas activé. Ensuite, conformément au premier niveau de contrôle *in abstracto* de la jurisprudence *Aranyosi*, il convient d'abord de démontrer « *l'existence de défaillances systémiques ou généralisées, touchant soit certains groupes de personnes, soit certains centres de détention en ce qui concerne les conditions de détention dans l'Etat membre d'émission* »¹⁴⁷⁹ avant de procéder au contrôle *in concreto* du risque individuel¹⁴⁸⁰. La Cour de cassation a donc adopté le

¹⁴⁷² Sixième attendu Cass. crim. 2 mai 2018, n°18-82.167.

¹⁴⁷³ Septième attendu Cass. crim. 12 juillet 2016 n°16-84.000.

¹⁴⁷⁴ A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Refus de remise et protection des droits fondamentaux », *Procédures* n° 10, Octobre 2019, commentaire n°267, pages 38 à 39.

¹⁴⁷⁵ D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, A. JEANNE, L. LEBLOND, C. MONGOUACHON, N. REICHLING, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er juin 2019 – 30 novembre 2019) », *Europe* n° 2, Février 2020, chronique n°1 voir en particulier la partie de J. TRICOT.

¹⁴⁷⁶ Cass. crim. 12 juillet 2016 n°16-84.000.

¹⁴⁷⁷ A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Refus de remise et protection des droits fondamentaux », *Procédures* n° 10, Octobre 2019, commentaire n°267, pages 38 à 39.

¹⁴⁷⁸ Sixième attendu Cass. crim. 12 juillet 2016 n°16-84.000, tel était le cas en l'espèce.

¹⁴⁷⁹ Septième attendu Cass. crim. 12 juillet 2016 n°16-84.000.

¹⁴⁸⁰ A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Refus de remise et protection des droits fondamentaux », *Procédures* n° 10, Octobre 2019, commentaire n°267, pages 38 à 39.

principe du contrôle en deux étapes¹⁴⁸¹ afin de vérifier, de manière concrète et précise, l'existence de motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée par un MAE courra, en raison des conditions de sa détention, un risque réel de traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 CDFUE/3 CEDH, en cas de remise¹⁴⁸².

Sa sévérité s'illustre dans un arrêt du 24 juillet 2019¹⁴⁸³ où la Cour de cassation confirme l'absence de risque de traitement inhumain ou dégradant en cas de remise alors que l'individu concerné expliquait qu'il avait déjà par le passé fait l'objet de traitements inhumains et dégradants en prison, tels que des agressions sexuelles et des viols dont l'administration pénitentiaire de l'Etat requérant n'avait pas su le protéger¹⁴⁸⁴. Deux certificats médicaux de 2017 et 2018 attestaient des troubles du comportement qui en résultaient, dont une hospitalisation en secteur psychiatrique pendant plusieurs mois. La Cour de cassation retient que la chambre de l'instruction n'avait pas méconnu l'article 3 CEDH et considéré à juste titre que ces documents, en plus de se référer à une situation personnelle *passée*, ne caractérisaient pas l'existence de défaillances *systémiques ou généralisées*, de sorte qu'elle n'avait pas à procéder à des recherches approfondies. Il manquait alors une base factuelle suffisante pour refuser la remise sur le fondement d'un risque de violation de l'article 3 CEDH¹⁴⁸⁵.

La question se pose alors : pourquoi la Cour de cassation ne s'est-elle pas complètement alignée avec la CJUE, y compris en matière de fondement, après la jurisprudence *Aranyosi* de la CJUE ? Maintenir l'article 3 CEDH, en tant que fondement, permet à la Cour de cassation de potentiellement approfondir, adapter le motif de refus relatif au risque de torture, de traitement inhumain ou dégradant. Ce risque ne découle pas uniquement des conditions de détention. En effet, l'affaire présentée en 2014 visait le cas d'une personne alléguant que l'accusation portée contre elle se fondait sur les aveux

¹⁴⁸¹ A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Refus de remise et protection des droits fondamentaux », *Procédures* n° 10, Octobre 2019, commentaire n°267, pages 38 à 39.

¹⁴⁸² C. Cass. crim., 10 août 2016, n° 16-84.725.

D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, L. CLÉMENT-WILZ, J. HEYMANN, A. JEANNE, L. LEBLOND, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er mai 2018 – 30 novembre 2018) », *Europe* n° 2, Février 2019, chronique n°1.

¹⁴⁸³ Cass crim 24 juillet 2019 n° 19-84.167.

D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, A. JEANNE, L. LEBLOND, C. MONGOUACHON, N. REICHLING, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er juin 2019 – 30 novembre 2019) », *Europe* n° 2, Février 2020, chronique n°1.

¹⁴⁸⁴ Troisième attendu Cass crim 24 juillet 2019 n° 19-84.167.

¹⁴⁸⁵ Troisième attendu Cass crim 24 juillet 2019 n° 19-84.167.

d'une autre personne obtenus sous la torture. Dans ce cadre, la Cour de cassation avait estimé « que s'il est établi qu'au mépris des dispositions de l'article 3 de la (CEDH) des aveux ou des mises en cause ont été obtenus grâce la torture, cette violation des droits fondamentaux prévaut sur les principes de reconnaissance et de confiance mutuelles et fait obstacle à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen »¹⁴⁸⁶. L'originalité se situe dans le fait que la violation de l'interdiction 3 CEDH vis-à-vis d'un tiers conduit à la violation du droit à un procès équitable de l'article 6 CEDH de la personne à remettre et au refus de sa remise¹⁴⁸⁷.

Certaines adaptations futures sont aussi à prévoir en raison de la jurisprudence *Moldovan* de la CourEDH¹⁴⁸⁸ relative à l'arrêt du 10 août 2016 de la Cour de cassation¹⁴⁸⁹. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait validé l'application de la méthodologie *Aranyosi* concernant la marge de manœuvre de l'autorité judiciaire d'exécution lors du contrôle du risque réel¹⁴⁹⁰. Cette affaire a conduit à la condamnation de la France par la CourEDH et la Cour de cassation, qui avait *a priori* validé le niveau de protection autonome défini par la CJUE, va certainement revoir sa jurisprudence et exiger un contrôle suffisant plus approfondi et détaillé, conformément à la jurisprudence de la CourEDH. La Cour de cassation va également probablement entériner son arrêt 12 juillet 2016¹⁴⁹¹ suite à la déclaration de conformité de sa solution dans l'affaire *Bivolaru* par la CourEDH¹⁴⁹² concernant les effets d'un statut de réfugié sur la remise¹⁴⁹³. La Cour de cassation a reconnu que « *le statut de réfugié politique, à une date où la Roumanie n'était pas encore membre de l'Union européenne, n'a pas pour effet d'imposer à la chambre de l'instruction de refuser la remise de M. Y... aux autorités judiciaires roumaines (...) dans la mesure où un tel refus contreviendrait à l'interdiction (...) de refuser d'exécuter un mandat d'arrêt*

¹⁴⁸⁶ Deuxième attendu Cass. crim. 20 mai 2014, n°14-83.138.

¹⁴⁸⁷ Invocation de l'article 3 CEDH en combinaison avec l'article 6 CEDH par le requérant en plus de l'article 47 CDFUE. En l'espèce, les aveux n'avaient cependant pas été obtenus suite à un traitement contraire à l'article 3 CEDH et le moyen a été écarté : voir troisième attendu Cass. crim. 20 mai 2014, n°14-83.138.

¹⁴⁸⁸ CEDH (cinquième section), 25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c. France*, (Requêtes n°40324/16 et 12623/17), voir *supra*.

¹⁴⁸⁹ Cass. crim., 10 août 2016, n° 16-84.725.

¹⁴⁹⁰ D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, L. CLÉMENT-WILZ, J. HEYMANN, A. JEANNE, L. LEBLOND, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er mai 2018 – 30 novembre 2018) », *Europe* n° 2, Février 2019, chronique n°1.

¹⁴⁹¹ Cinquième attendu Cass. crim. 12 juillet 2016, n° 16-84.000.

¹⁴⁹² Voir *supra*.

¹⁴⁹³ Cass. crim. 12 juillet 2016, n°16-84.000.

européen pour un autre motif que ceux exhaustivement énumérés de non-exécution obligatoire prévus à l'article 3 de la décision-cadre ou de non exécution facultative prévus aux articles 4 et 4 bis de cette même décision-cadre (...) »¹⁴⁹⁴. Ce statut « ne constitue pas, en tant que tel, un (nouvel) obstacle à l'exécution de ce dernier » mais est intégré en tant que critère/paramètre du contrôle du risque réel de traitement inhumain et dégradant interdit par l'article 3 CEDH. Cette solution a été validée par la CourEDH alors qu'aucune question préjudicielle n'avait été posée à la Cour de justice¹⁴⁹⁵. La Cour de cassation dispose alors par ce biais d'une certaine autonomie et d'une influence dans le développement de la méthodologie Aranyosi.

Le contentieux devant la Cour de cassation favorise diverses autres appréciations qui pourront intéresser la jurisprudence de la CJUE, qu'il s'agisse des droits de l'enfant¹⁴⁹⁶, du droit de communication des détenus¹⁴⁹⁷, du délai raisonnable ou du principe de légalité¹⁴⁹⁸. La Cour de cassation exige aussi le respect des droits de la défense¹⁴⁹⁹ et s'est plusieurs fois prononcée sur une éventuelle disproportion de l'atteinte au droit garanti à l'article 6 CEDH, seul¹⁵⁰⁰ ou combiné à d'autres droits¹⁵⁰¹, sans forcément la retenir¹⁵⁰². La Cour de cassation a ainsi clairement indiqué qu'une juridiction peut être tenue d'examiner une procédure particulière. La contestation de la procédure

¹⁴⁹⁴ Motif auquel renvoie le quatrième attendu Cass. crim. 12 juillet 2016, n° 16-84.000.

¹⁴⁹⁵ Validation au cinquième attendu Cass. crim. 12 juillet 2016, n° 16-84.000.

D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, L. CLÉMENT-WILZ, J. HEYMANN, A. JEANNE, L. LEBLOND, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er mai 2018 – 30 novembre 2018) », *Europe* n° 2, Février 2019, chronique n°1.

¹⁴⁹⁶ Cass. crim. 10 août 2016, n°16-84.723. La protection des intérêts de l'enfant est un droit fondamental qui a été invoqué en combinaison avec le droit à la vie privée et familiale sans que son impact exact sur la solution soit connu. Il semble que la résidence sur le territoire français est été l'argument principalement retenu. Voir B. AUBERT, « De quelques évolutions en matière de mandat d'arrêt européen », *AJ Pénal*, 2017, pages 111 à 114.

¹⁴⁹⁷ Cass. crim. 6 septembre 2016, n°16-85.011; Cass. crim. 6 septembre 2016 n°16-85.014.

¹⁴⁹⁸ Cass. crim. 2 mai 2018, n°18-82.167.

D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, L. CLÉMENT-WILZ, J. HEYMANN, A. JEANNE, L. LEBLOND, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er mai 2018 – 30 novembre 2018) », *Europe* n° 2, Février 2019, chronique n°1.

¹⁴⁹⁹ Cass. crim., 27 juill. 2016 n°16-84.592, P; septième attendu Cass. crim. 12 juillet 2016 n°16-84.000.

B. AUBERT, « De quelques évolutions en matière de mandat d'arrêt européen », *AJ Pénal*, 2017, pages 111 à 114.

¹⁵⁰⁰ Cass. crim. 12 juillet 2016 n°16-84.000 ; Cass. crim. 27 juill. 2016, n° 16-84.592.

¹⁵⁰¹ Cass. crim. 1er juin 2016, n°16-83.398.

¹⁵⁰² Troisième attendu Cass. crim. 1er juin 2016, n°16-83.398; quatrième, sixième et septième attendus Crim. 27 juill. 2016, n° 16-84.592; premier et troisième attendus Cass. crim. 6 sept. 2016, n°16-85.011.

britannique comme étant attentatoire au droit à un procès équitable relève ainsi de la compétence de la chambre de l'instruction¹⁵⁰³. Le principe de confiance mutuelle interdit uniquement que le refus de la remise repose sur la contestation *de principe* du système judiciaire d'un Etat membre¹⁵⁰⁴.

La Cour constitutionnelle allemande à quant à elle décider d'utiliser les droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁵⁰³ Quatrième attendu Cass. crim. 2 mai 2018, n°18-82.167.

¹⁵⁰⁴ Cinquième attendu Cass. crim. 2 mai 2018, n°18-82.167.

b) L'emploi alternatif de la Charte par la Cour constitutionnelle allemande : une participation directe à la définition de la protection « autonome » des droits fondamentaux

La Cour fait précéder l'éventuel contrôle du respect de l'identité constitutionnelle par un contrôle de la bonne application du DUE. La Cour constitutionnelle s'inscrit ici dans une tendance européenne générale, bien qu'il y ait des exceptions¹⁵⁰⁵. Cette approche, d'abord adoptée par le premier sénat de la Cour constitutionnelle allemande en 2019¹⁵⁰⁶, a été transposée par le deuxième sénat en matière de mise en œuvre du MAE fin 2020¹⁵⁰⁷. Le deuxième sénat contrôle la bonne application de la DC MAE, concernant les motifs de refus, au regard des DFUE¹⁵⁰⁸.

Le deuxième sénat de la Cour constitutionnelle justifie l'application des droits fondamentaux de l'Union en matière de contrôle de l'application du MAE¹⁵⁰⁹ dans la lignée de la jurisprudence du 1er sénat qui distingue deux hypothèses¹⁵¹⁰. Lorsque la solution juridique est entièrement déterminée par le DUE, comme en matière de motif de non-exécution du MAE¹⁵¹¹, les fondamentaux de la Loi fondamentale allemande sont écartés¹⁵¹² et le contrôle opéré au regard des DFUE¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁵ M. WENDEL, « The two-faced guardian – or how one half of the German Federal Constitutional Court became a European fundamental rights court », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1383 à 1426.

¹⁵⁰⁶ Arrêts BVerfG, 1er Senat, 1 BvR 16/13 « Recht auf Vergessen I » et 1 BvR 276/17 « Recht auf Vergessen II » rendus le 6 novembre 2019.

¹⁵⁰⁷ Beschluss des Zweiten Senats vom 1. Dezember 2020 - 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18. R. HOFMANN et A. HEGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11. ; S. DETTERBECK, « Das Bundesverfassungsgericht - ein selbst ernannter Hüter des Unionsgrundrechte », *Juristen Zeitung*, n°12-76 Jahrgang, 18 juin 2021, pages 593 à 601.

¹⁵⁰⁸ Point 1 du dispositif de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁰⁹ Point 1 du dispositif de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵¹⁰ Sur le point de savoir si le DUE détermine entièrement ou non la solution juridique : voir la méthodologie donnée aux Rn 77 à 82 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17. La responsabilité principale va aux juges de droit commun, qui pose une question préjudicielle si besoin, et un droit de regard va à la BVerfG.

¹⁵¹¹ Voir *supra*.

¹⁵¹² Rn 32 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵¹³ Ceci constitue un revirement par rapport au refus initial d'employer les droits fondamentaux de l'Union européenne. Voir S. DETTERBECK, « Das Bundesverfassungsgericht - ein selbst ernannter Hüter des Unionsgrundrechte », *Juristen Zeitung*, n°12-76 Jahrgang, 18 juin 2021, pages 593 à 601.

La Cour constitutionnelle justifie l'extension des standards de contrôle¹⁵¹⁴ au regard de la participation de l'Allemagne à l'intégration européenne reconnue à l'article 23(1) LF¹⁵¹⁵. Le droit de l'Union « prime » sur les droits fondamentaux de la Loi fondamentale en raison de l'ouverture du droit allemand au DUE¹⁵¹⁶. La logique plutôt classique concernant la primauté du DUE a pour conséquence originale de faire primer les DFUE sur les droits fondamentaux de la Loi fondamentale. L'absence d'application des droits fondamentaux allemands dans les matières totalement unifiées du droit de l'Union correspond à la jurisprudence constante de la Cour relative à la validité de ces normes¹⁵¹⁷. En effet, seuls les droits fondamentaux de la Loi fondamentale relevant de l'identité constitutionnelle peuvent être opposés à la primauté du DUE¹⁵¹⁸. Il en va alors de même pour leur bonne application concrète¹⁵¹⁹. Il ne s'agit que d'une primauté de circonstance des DFUE sur les droits fondamentaux de la Loi fondamentale. Ceux-ci sont en dormance en raison de l'exigence d'uniformité d'application du DUE, qui suppose également une uniformité en matière de protection des droits fondamentaux¹⁵²⁰. Cela ne remet pas en cause leur valeur intrinsèque¹⁵²¹. La primauté complète du DUE, c'est-à-dire l'application de la DC MAE et des DFUE, est circonstancielle, en pratique et au cas par cas, mais ne contredit pas la primauté de la Constitution allemande abstraite et générale. L'application des DFUE est aussi possibles puisqu'ils sont des équivalents fonctionnels¹⁵²² aux droits fondamentaux de la Loi fondamentale¹⁵²³. Equivalence ne veut pas dire identité totale, ce qui explique qu'il ne peut donc y avoir de « co-garantie » par application des droits fondamentaux de la Loi fondamentale¹⁵²⁴ en matière de motifs de

¹⁵¹⁴ R. HOFMANN et A. HEGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EUGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11.

¹⁵¹⁵ Point 1 du dispositif de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17, confirmation Rn 33 et 44.

¹⁵¹⁶ Rn 43 à 46 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17, pour une explication plus détaillée voir *supra* le développement relatif à l'identité constitutionnelle allemande.

¹⁵¹⁷ Rn 43 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵¹⁸ Voir *supra*.

¹⁵¹⁹ Rn 43 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵²⁰ Rn 44, 45 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵²¹ Rn 47 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17 et Rn 36 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵²² Rn 37 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18, référence au Préambule de la CDFUE et l'article 6(3) TUE, à l'article 52(3) et (4) CDFUE.

¹⁵²³ Rn 36 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵²⁴ Rn 44 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

non-exécution du MAE. À l'instar du premier sénat, le deuxième sénat conditionne la primauté des DFUE au caractère suffisant et effectif de leur protection¹⁵²⁵ en plus d'être déterminée par le degré d'harmonisation¹⁵²⁶. La présomption d'équivalence des protections est en principe forte¹⁵²⁷ et les droits fondamentaux de la Loi fondamentale n'ont qu'une « fonction de réserve » à cet égard¹⁵²⁸. Si cette réserve doit être activée, elle est soumise à des exigences élevées en matière de justification¹⁵²⁹. L'extension des standards de contrôle par la Cour constitutionnelle allemande vont alors permettre une extension du contrôle sur le DUE sans constituer un nouvel écueil grave pour sa primauté. La Cour constitutionnelle reconnaît aussi le caractère en principe suffisant de la protection autonome des droits fondamentaux de l'Union et leur donne, de ce fait, une nouvelle dimension constitutionnelle.

À ce stade, il n'aurait pas été étonnant que la Cour se déclare incompétente¹⁵³⁰ : le contrôle d'une décision judiciaire dont la solution est entièrement déterminée par le DUE à l'aune des DFUE constitue en effet un contrôle de conventionnalité¹⁵³¹ approfondi¹⁵³² bien que limité à la question du respect des droits fondamentaux¹⁵³³. La Cour constitutionnelle allemande déclare cependant qu'il est de son devoir de contrôler d'office¹⁵³⁴ la bonne application du DUE par les autorités allemandes à l'aune des DFUE.

¹⁵²⁵ Rn 47 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵²⁶ Point 2 du dispositif de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17, développement Rn 47 à 48.

¹⁵²⁷ Rn 48 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵²⁸ Rn 48 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵²⁹ Rn 48 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵³⁰ O. JOOP, « Contester par un recours constitutionnel la violation de normes du droit de l'Union ? Cela dépend, répond la Cour constitutionnelle fédérale allemande [*Bundesverfassungsgericht*, 1^{re} ch., décis. du 6 nov. 2019, aff. 1 BvR 16/13 et 1 BvR 276/17] », *RTD Eur.*, 2020, pages 164 à 169.

¹⁵³¹ O. JOOP, « Contester par un recours constitutionnel la violation de normes du droit de l'Union ? Cela dépend, répond la Cour constitutionnelle fédérale allemande [*Bundesverfassungsgericht*, 1^{re} ch., décis. du 6 nov. 2019, aff. 1 BvR 16/13 et 1 BvR 276/17] », *RTD Eur.*, 2020, pages 164 à 169.

¹⁵³² R. HOFMANN et A. HEGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11.

¹⁵³³ R. HOFMANN et A. HEGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11.
S. DETTERBECK, « Das Bundesverfassungsgericht - ein selbst ernannter Hüter des Unionsgrundrechte », *Juristen Zeitung*, n°12-76 Jahrgang, 18 juin 2021, pages 593 à 601.

¹⁵³⁴ Rn 32 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

La Cour constitutionnelle allemande justifie l'extension de ses propres compétences en matière de bonne application du DUE en élargissant de l'objet du recours : les droits fondamentaux de manière générale. La Cour n'envisage pas de se retirer en matière de protection des droits fondamentaux alors qu'il s'agit de sa tâche fondamentale. Cette extension de son contrôle est favorable à une meilleure protection des droits fondamentaux mais s'explique également par le besoin de la Cour de se réaménager une place dans le développement toujours plus important du DUE. En 2019, le premier sénat avait déjà relevé que la jurisprudence *Aranyosi* avait changé la donne en matière de protection des droits fondamentaux de l'Union¹⁵³⁵. Cette évolution devait amener la Cour constitutionnelle à étendre son contrôle. Dans le cas contraire, cela équivaldrait à un renoncement de sa part et une responsabilisation excessive des juridictions allemandes de droit commun¹⁵³⁶. La seule référence explicite aux droits de la loi fondamentale des dispositions relatives à la compétence de la Cour constitutionnelle¹⁵³⁷ ne doit pas empêcher l'adaptation de ces compétences¹⁵³⁸ aux évolutions du droit et de l'intégration européenne. Il s'agit de continuer à assurer une protection « complète » contre les actions des pouvoirs publics allemands¹⁵³⁹. La Cour constitutionnelle ne limite donc plus son action à un contrôle du respect des droits fondamentaux indérogables de l'identité constitutionnelle lorsqu'il s'agit du DUE. Ce contrôle de la bonne application du DUE au regard des DFUE apparaît aussi comme complémentaire et « miroir » au droit au juge légale de l'Union reconnu par la BVerfG¹⁵⁴⁰. La constitutionnalisation de l'obligation du renvoi préjudiciel sur le fondement de l'article

¹⁵³⁵ R. HOFMANN et A. HEGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11.

¹⁵³⁶ Rn 58 à 67 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵³⁷ Rn 67 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵³⁸ Rn 57 à 67 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵³⁹ Rn 53 à 56 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

O. JOOP, « Contester par un recours constitutionnel la violation de normes du droit de l'Union ? Cela dépend, répond la Cour constitutionnelle fédérale allemande [*Bundesverfassungsgericht*, 1^{re} ch., décis. du 6 nov. 2019, aff. 1 BvR 16/13 et 1 BvR 276/17] », *RTD Eur.*, 2020, pages 164 à 169.

¹⁵⁴⁰ Rn 64, 65 et 66 l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

O. JOOP « Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne - La Cour constitutionnelle fédérale allemande confirme et précise sa jurisprudence sur l'obligation des juridictions nationales de saisir le juge de l'Union en cas de doute portant sur le droit européen », *RTD Eur.*, 2019, pages 199 à 202.

D'autres juridictions constitutionnelles reconnaissent également ce droit constitutionnel au juge légal européen : exemple de la Cour constitutionnelle espagnole, voir T. MARZAL, « Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne - Le droit constitutionnel à la protection juridictionnelle effective comme garantie de l'application du droit de l'Union [*Tribunal Constitucional*, 1^{re} ch., 5 mars 2018, arrêt STC 22/2018, rec. n°. 5194-2016] », *RTD Eur.*, 2019, pages 205 à 210.

101(1) phrase 2 de la Loi fondamentale¹⁵⁴¹ a permis à la CJUE de préciser les critères d'évaluation des conditions de détention et le mode de calcul de l'espace personnel dans son arrêt *Dorobantu*¹⁵⁴² suite à la portée incertaine de la jurisprudence *Aranyosi*¹⁵⁴³. En l'espèce, la Cour constitutionnelle pourra se prononcer sur l'application de la jurisprudence *Dorobantu* et *in fine* la confirmer¹⁵⁴⁴. La boucle est bouclée.

Certains auteurs ont salué cette approche : le rôle de la BVerfG est effectivement d'assurer mais aussi de développer les droits fondamentaux et il s'agit aussi d'un juge de l'Union européenne¹⁵⁴⁵. À l'inverse, d'autres y voient une violation du lien de rattachement de la Cour constitutionnelle à la loi et au droit¹⁵⁴⁶. Dans tous les cas, la Cour indique que cette extension est limitée et ne vise que la question de la bonne application du DUE et non le contrôle de validité de celui-ci¹⁵⁴⁷. Elle reste donc maîtrisée, mesurée et maintient le noyau de la Constitution comme critère du contrôle de validité du DUE. La « conventionnalisation » du contrôle constitutionnel reste encadrée. Elle revient pourtant quelque peu sur le refus de créer une "plainte constitutionnelle européenne"¹⁵⁴⁸.

Lorsque la solution juridique n'est pas entièrement déterminée par le DUE, le contrôle de la bonne application du DUE s'appuiera principalement et prioritairement sur les droits fondamentaux de la Loi fondamentale, bien que les autorités judiciaires allemandes mettent en œuvre le DUE au sens de l'article 51(1) CDFUE¹⁵⁴⁹. Le deuxième sénat pourrait appliquer ce contrôle lorsque la DC MAE, telle qu'interprétée par la CJUE, laisse une marge d'appréciation aux autorités allemandes.

¹⁵⁴¹ BVerfG, 2 BvR 424/17 du 19 décembre 2017, voir notamment Rn 36.

¹⁵⁴² Référence à l'arrêt du BVerfG 2 BvR 424/17 du 19 décembre 2017 au point 30 de l'arrêt *Dorobantu*.

¹⁵⁴³ Rn 50, 51 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 424/17.

¹⁵⁴⁴ Voir *infra*.

¹⁵⁴⁵ R. HOFMANN et A. HEGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11.

¹⁵⁴⁶ S. DETTERBECK, « Das Bundesverfassungsgericht - ein selbst ernannter Hüter des Unionsgrundrechte », *Juristen Zeitung*, n°12-76 Jahrgang, 18 juin 2021, pages 593 à 601.

¹⁵⁴⁷ Rn 52 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵⁴⁸ R. HOFMANN et A. HEGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11.

¹⁵⁴⁹ Point 1a) du dispositif de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13, développement Rn 41 à 44.

Cette solution est justifiée par le premier sénat au regard de la compétence de la Cour pour protéger les droits fondamentaux¹⁵⁵⁰. Ensuite et surtout, la CDFUE n'établit pas une protection uniforme globale des droits fondamentaux mais admet en raison de la limitation de son champ de compétence une « diversité fédérale » des garanties des droits fondamentaux¹⁵⁵¹. Conformément au principe de coopération loyale de l'article 4(2) TUE et la participation allemande à une Union européenne autonome mais intégrée, article 23(1) LF, il existe une complémentarité des deux niveaux de protection national et UE¹⁵⁵². La présomption d'équivalence matérielle des protections des droits fondamentaux UE/nationale¹⁵⁵³ fonctionne cette fois en faveur des droits fondamentaux allemands. La marge d'appréciation laissée au législateur en matière de mise en oeuvre du DUE concerne également les droits fondamentaux¹⁵⁵⁴. C'est que qu'atteste notamment le droit dérivé de l'UE¹⁵⁵⁵. La diversité de la protection devient un « *principe structurel* » de l'UE¹⁵⁵⁶ en raison de la présomption de garantie du niveau de protection de la CDFUE par l'application des droits fondamentaux de la Loi fondamentale¹⁵⁵⁷. Il s'agit là d'une lecture conciliatrice de l'arrêt *Melloni*¹⁵⁵⁸. Le fait que la Charte puisse reconnaître des droits sans équivalent au niveau de la Loi fondamentale ou accorder une protection plus étendue que celle de la CEDH qui sert de socle de référence commun ne s'y oppose pas¹⁵⁵⁹. En effet, dans la mesure où de telles garanties supplémentaires sont déterminantes et qu'elles n'ont pas d'équivalent, l'application alors directe de la Charte peut se faire au cas par cas¹⁵⁶⁰. L'application prioritaire des droits fondamentaux de la Loi fondamentale ne remet

¹⁵⁵⁰ Rn 42 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

¹⁵⁵¹ Rn 43 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13, « föderative Vielfalt für die grundrechtlichen Gewährleistungen ».

¹⁵⁵² Rn 43 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

¹⁵⁵³ - Sur la complémentarité et la diversité : Rn 43 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13. référence aux préambules du TUE(§6), TFUE et de la CDFUE(§3), articles 51(1)(2), 52(4) et 53 CDFUE relativement au respect de la diversité des protections; au principe de subsidiarité article 5(3), y compris en matière de droits fondamentaux article 51(1) CDFUE; à la jurisprudence *Melloni* de la CJUE.

- Sur l'équivalence : Rn 55, 56, 57 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13, justification de la présomption avec les mêmes références et l'article 6TUE. Rn 58, 59 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13 confirme l'existence d'une base commune : la CEDH .

¹⁵⁵⁴ Point 1b) du dispositif de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13, développement Rn 45 à 62.

¹⁵⁵⁵ Rn 49 à 54 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

¹⁵⁵⁶ Rn 54 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

¹⁵⁵⁷ Rn 55 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

¹⁵⁵⁸ Voir notamment Rn 44 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

¹⁵⁵⁹ Rn 72 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

¹⁵⁶⁰ Rn 72 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

pas en cause l'applicabilité directe de la CFUE¹⁵⁶¹ et ni la possibilité pour les juridictions ordinaires allemandes de renvoyer une question préjudicielle relative aux DFUE¹⁵⁶². Cette approche concilie primauté du DUE et de la Constitution et assure un meilleur respect du DUE grâce à la déclaration de l'équivalence des protections. Le respect matériel des DFUE est assuré et la bonne application du DUE est contrôlée au regard des droits fondamentaux de la loi fondamentale, non sa validité. La marge d'appréciation laissée évite de remettre en jeu la primauté formelle du DUE.

La reconnaissance des droits fondamentaux de l'Union européenne en tant que standards de contrôle est favorable à la primauté et l'autonomie « formelles » du droit de l'Union mais conduit à une nouvelle forme de droit de regard de la Cour constitutionnelle sur le contenu de la protection autonome des DFUE et du DUE. Ce sont la primauté et l'autonomie « matérielles » du DUE qui sont au moins relativisées¹⁵⁶³. La Cour constitutionnelle allemande trouve ici un moyen encore plus efficace de dépasser l'écueil des restrictions des jurisprudences *Melloni* et *Aranyosi*¹⁵⁶⁴.

Le contrôle de la bonne application du DUE au regard des DFUE permet à la Cour constitutionnelle allemande de revendiquer un rôle bien plus actif et constructif dans le cadre d'un réseau de juges de l'Union européenne. Elle ne se limite pas à un « nationalisme jurisprudentiel », derrière lequel elle se retrancherait¹⁵⁶⁵ mais peut nourrir un sentiment d'appartenance et renforcer l'identité constitutionnelle de l'Union. La Cour constitutionnelle revendique une vraie « *Mitwirkung* »¹⁵⁶⁶ et confirme la dimension positive de sa responsabilité en matière d'intégration¹⁵⁶⁷. La Cour constitutionnelle, en son deuxième sénat passe aussi d'une coopération étroite avec la CJUE annoncée par le

¹⁵⁶¹ Rn 73 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

¹⁵⁶² Rn 73 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

¹⁵⁶³ Reconnaissance de l'influence future de l'aspect institutionnel sur la composante matérielle de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne chez R. HOFMANN et A. HEGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11.

¹⁵⁶⁴ Voir *supra* le refus d'un motif *national* de non-exécution du MAE.

¹⁵⁶⁵ O. JOOP, « Contester par un recours constitutionnel la violation de normes du droit de l'Union ? Cela dépend, répond la Cour constitutionnelle fédérale allemande [*Bundesverfassungsgericht*, 1^{re} ch., décis. du 6 nov. 2019, aff. 1 BvR 16/13 et 1 BvR 276/17] », *RTD Eur.*, 2020, pages 164 à 169.

¹⁵⁶⁶ Sa participation, collaboration, coopération, littéralement « mit » signifie « avec » et « Wirkung » signifie « effet », « impact », « action ».

¹⁵⁶⁷ R. HOFMANN et A. HEGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11.

premier sénat¹⁵⁶⁸ à une coopération plus large dans le cadre du réseau européen des cours constitutionnelles et de la CEDH. Sa solution confirme et renforce le pluralisme déjà affirmé en matière de droits fondamentaux¹⁵⁶⁹.

Les DFUE sont un équivalent fonctionnel¹⁵⁷⁰ des droits fondamentaux de la Loi fondamentale et fonctionnent alors selon une même base commune. Le deuxième sénat semble s'être ici inspiré en « miroir » de la jurisprudence du premier sénat, relative à l'hypothèse où la solution juridique n'est pas complètement déterminée par le DUE. Dans ce cadre, le premier sénat avait mis en avant l'ouverture DUE et de la jurisprudence de la CJUE à d'autres droits fondamentaux¹⁵⁷¹ et insisté sur la base de compréhension commune que représentaient la CEDH et les traditions constitutionnelles communes¹⁵⁷². Le premier sénat prévoyait cependant, si nécessaire¹⁵⁷³, de poser des questions préjudicielles en tant qu'instance de dernier ressort en matière de droits fondamentaux et d'application correcte du DUE¹⁵⁷⁴. En particulier, il prévoyait la limitation de l'application de la jurisprudence constitutionnelle « à l'allemande » en matière de droits fondamentaux¹⁵⁷⁵. En 2020, le deuxième sénat met au contraire en lumière les jurisprudences extérieures à l'UE et à la CJUE : celles de la CourEDH et des cours constitutionnelles¹⁵⁷⁶. Pour le deuxième sénat, qui dit fondement commun, ouverture et respect réciproque des différents niveaux de protection, dit possibilité d'influencer l'un l'autre. Le deuxième sénat coopère avec la CJUE mais également avec la CourEDH et les

¹⁵⁶⁸ Point 3 du dispositif de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17, développement Rn 68 à 76.

¹⁵⁶⁹ R. HOFMANN et A. HEGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11. Ce n'était déjà pas réellement le cas en matière de respect de l'identité constitutionnelle. Dans le cadre de l'ordonnance du 15 décembre 2015 la revendication de ce pluralisme visait une reconnaissance du niveau constitutionnel par celui de l'UE.

¹⁵⁷⁰ Rn 37 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁷¹ voir notamment Rn 47 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

¹⁵⁷² Rn 56 à 61 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

¹⁵⁷³ Rn 70 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17. Mention d'une application raisonnable de la jurisprudence *CILFIT*.

¹⁵⁷⁴ Rn 69 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵⁷⁵ Rn 45 et 70 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁵⁷⁶ Rn 39 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

cours constitutionnelles ou suprêmes nationales¹⁵⁷⁷ et le réseau de juridictions entraîne un réseau de jurisprudences¹⁵⁷⁸. Il existe alors une forme de rapprochement des DFUE avec les droits fondamentaux de la Loi fondamentale, voir des autres constitutions, et de la CEDH lorsque ceux-ci sont interprétés et appliqués. On dépasse l'équivalence pour une sorte de fusion¹⁵⁷⁹. Le deuxième sénat entend interpréter les droits fondamentaux de l'Union à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et des traditions constitutionnelles communes, telles qu'elles résultent de la jurisprudence des cours constitutionnelles et suprêmes des Etats membres¹⁵⁸⁰. Il peut ainsi participer et poser ses attentes concernant le développement d'une protection « européenne » multi-niveaux des DFUE¹⁵⁸¹. La séparation des différents niveaux de protection est moins stricte et c'est moins la primauté formelle que l'autonomie matérielle du DUE qui est visée.

A travers le contrôle de la bonne application du DUE, la Cour constitutionnelle va en l'espèce se prononcer sur la méthodologie « *Aranyosi* » de la CJUE au regard de la protection des DFUE. Elle confirme la méthodologie de la CJUE mais influence aussi son application future au regard de la jurisprudence de la CourEDH en tant que standard de contrôle indirect¹⁵⁸². Elle déduit des jurisprudences établies par la CJUE et la CourEDH, combinées, l'existence d'une jurisprudence relative aux conditions de détention suffisamment complète et claire¹⁵⁸³. Par exception¹⁵⁸⁴ au principe de confiance

¹⁵⁷⁷ Voir notamment point 3 du dispositif de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

Miroir au Rn 60 et suivants de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13, qui dans le domaine non entièrement déterminé par le DUE envisage l'interprétation des droits fondamentaux de la Loi fondamentale à la lumière de la CDFUE.

¹⁵⁷⁸ Rn 38 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁷⁹ Cet élément rappelle l'idée de perméabilité, de normativité partagée aux fins de résolution des conflits chez A. CALLIESS et A. SCHNETTGER, « The Protection of Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism », Chapitre 16, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 348 à 371.

¹⁵⁸⁰ Point 2 du dispositif de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁸¹ Sur le fait que cela devienne une institution encore plus incontournable en matière de droits fondamentaux allemands et européens : voir M. WENDEL, « The two-faced guardian – or how one half of the German Federal Constitutional Court became a European fundamental rights court », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1383 à 1426.

¹⁵⁸² R. HOFMANN et A. HEGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11.

¹⁵⁸³ Point 4 du dispositif de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁸⁴ Rn 44 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

mutuelle¹⁵⁸⁵, l'article 4 CDFUE peut fonder un motif de refus d'exécution du MAE. Il exige le contrôle des conditions de détention de la personne en cas de remise et pose une obligation d'informations complémentaires¹⁵⁸⁶. La Cour constitutionnelle admet le principe du contrôle en deux étapes de la méthodologie Aranyosi¹⁵⁸⁷, l'appréciation globale des conditions de détention ainsi que les critères d'évaluation retenus, identiques à ceux de la CEDH¹⁵⁸⁸. La Cour confirme en particulier la méthode de calcul et l'importance de l'espace personnel telles qu'établies dans la jurisprudence Dorobantu¹⁵⁸⁹. Elle utilise ensuite le parallèle reconnu par la CJUE entre les articles 4 CDFUE et 3 CEDH¹⁵⁹⁰ afin d'envisager plus largement l'application de la jurisprudence de la CJUE. En effet, la CJUE ne s'est pour l'instant prononcée que sur les cas où l'espace personnel dans une cellule collective représente moins de 3 m²¹⁵⁹¹, or la Cour constitutionnelle envisage des situations où cet espace se situe entre 3 et 4 m² ou au-dessus de 4m²¹⁵⁹². Elle transpose et adapte le contrôle du risque à ces situations. Le programme de contrôle qui contient une obligation encadrée de demander des informations supplémentaires si nécessaire¹⁵⁹³ et une obligation de report¹⁵⁹⁴ afin de confirmer ou écarter une première constatation du risque réel est valide sur le principe¹⁵⁹⁵. La Cour précise néanmoins clairement qu'il doit permettre d'obtenir une base « *factuelle suffisante* » pour permettre un contrôle concret conforme à la jurisprudence de la CourEDH¹⁵⁹⁶. De la même façon, le système des assurances est observé à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH¹⁵⁹⁷. La Cour constitutionnelle semble à cet égard encourager un contrôle plus critique des assurances données, sans faire de *distinguo* entre une assurance émise/validée par une

¹⁵⁸⁵ Rn 43 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁸⁶ Point 5 du dispositif de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁸⁷ Rn 45, 46 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁸⁸ Rn 48 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁸⁹ Rn 49 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁹⁰ Rn 47 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁹¹ Rn 49 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁹² Rn 50 à 51 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁹³ Rn 52 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁹⁴ Rn 53 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁹⁵ Rn 55 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁹⁶ Rn 54 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18, référence à l'arrêt *Castañó* de la CourEDH.

¹⁵⁹⁷ Rn 56 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

autorité judiciaire ou celle qui ne l'est pas¹⁵⁹⁸. La Cour constitutionnelle allemande utilise les interstices laissés par la CJUE pour préciser et renforcer la protection européenne des DFUE. L'approche va a priori au-delà du simple contrôle de la prise en compte suffisante des droits fondamentaux de la CDFUE annoncé par le premier sénat¹⁵⁹⁹.

La Cour constitutionnelle valide ensuite le tout au regard des exigences minimales liées à l'identité constitutionnelle allemande. Les exigences posées dans le cadre de l'article 4 CDFUE relatives aux conditions de détention et à l'obligation de s'informer sont conformes aux exigences minimales liées à l'article 1(1) LF¹⁶⁰⁰. Le niveau de protection autonome des DFUE imposées matière de conditions de détention est validé au regard de l'identité constitutionnelle alors que cette question était en suspend depuis 2017¹⁶⁰¹ ! Le contrôle de la bonne application du DUE et l'application de la CDFUE n'affectent pas les réserves du contrôle de l'identité constitutionnelle, même dans le domaine unifié par le DUE¹⁶⁰². En 2019, le premier sénat relevait déjà que la recherche d'équivalence des protections ne conduisait pas à remettre en cause l'autonomie des droits fondamentaux de la Loi fondamentale au regard des spécificités historiques, sociales et culturelles allemandes¹⁶⁰³. Cette idée est ici retranscrite par le respect de l'identité constitutionnelle chez le deuxième sénat. La primauté « ultime » vaut toujours pour une partie de la Loi fondamentale¹⁶⁰⁴.

La Cour constitutionnelle combine contrôle de la bonne application du DUE au regard des DFUE et contrôle de validité des critères de la bonne application, les DFUE, au regard de l'identité constitutionnelle. La question de la validité du DUE est intégrée comme la dernière étape de raisonnement afin de déterminer si l'équivalence des protections est ponctuellement remise en cause. Le premier sénat admettait un

¹⁵⁹⁸ Rn 56 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁵⁹⁹ Point 4 du dispositif de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17, développement Rn 77 à 82.

¹⁶⁰⁰ Point 6 du dispositif de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18, développement Rn 57 à 69.

¹⁶⁰¹ Voir Rn 59 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 424/17 du 19 décembre 2017 : les conditions de détention relèvent du domaine de la dignité humaine mais la question de savoir si les décisions attaquées violaient également la garantie de la dignité humaine conformément à l'article 1, paragraphe 1, de la Loi fondamentale pouvaient être laissée en suspend à ce stade, compte tenu de la violation constatée de l'article 101, paragraphe 1, deuxième phrase, de la Loi fondamentale.

¹⁶⁰² Rn 40 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18, déjà affirmé mais non appliqué au Rn 49 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17. Il en va de même concernant le contrôle *ultra vires*.

¹⁶⁰³ Rn 62 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13.

¹⁶⁰⁴ Rn 58 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

renversement exceptionnel de la présomption de l'équivalence de la protection allemande à celle de la CDFUE¹⁶⁰⁵. Il en va de même concernant les DFUE en tant qu'équivalent fonctionnel des droits fondamentaux de la Loi fondamentale compris dans l'identité constitutionnelle¹⁶⁰⁶. L'hypothèse d'une contrariété avec l'article 1(1), combiné avec les articles 23(1) et 79(3) de la Loi fondamentale, est cependant exceptionnelle¹⁶⁰⁷ en raison de la nouvelle approche de la CJUE en matière de protection concrète des DFUE. La pratique du contrôle de la bonne application du DUE devrait rendre le recours à l'identité constitutionnelle plus rare s'il permet effectivement de participer au contenu matériel de la protection des DFUE¹⁶⁰⁸. L'identité constitutionnelle va aussi servir d'instrument interprétatif avant d'être appliquée en tant que limite formelle.

Le principe de dignité humaine¹⁶⁰⁹ exige qu'une personne ne soit pas soumise à un traitement qui y serait contraire¹⁶¹⁰, y compris dans le domaine des conditions de détention¹⁶¹¹. La question est alors de savoir si les conditions de détention portent atteinte à cette dignité. Les exigences minimales sont déterminées selon des critères établis par les différentes chambres du BVerfG¹⁶¹². Les autorités judiciaires allemandes ont la responsabilité de contrôler¹⁶¹³ et de s'informer¹⁶¹⁴ en cas d'indices réels et pertinents que les exigences minimales ne seront pas respectées¹⁶¹⁵. L'imposition de ces exigences minimales est conforme à l'« Europafreundlichkeit » de la Loi fondamentale et surtout conforme au système de remise du MAE, qui imposerait de les déterminer¹⁶¹⁶.

¹⁶⁰⁵ Voir spécifiquement détail Rn 65 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 16/13. Concernant la méthodologie relative aux éléments de preuve et le contrôle approfondi de la réalité de l'ouverture à la diversité ou de l'équivalence des protections voir développement Rn 67 à 72.

¹⁶⁰⁶ Idée présente au Rn 58 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶⁰⁷ Rn 40 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶⁰⁸ Réflexion quant à un besoin de justification du recours au contrôle de l'identité constitutionnelle chez R. HOFMANN et A. HEGGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 48 Jahrgang, Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11.

¹⁶⁰⁹ Rn 59 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶¹⁰ Explications Rn 60, 61 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶¹¹ Rn 62 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶¹² Rn 62 et 63 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶¹³ Rn 64 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶¹⁴ Sur l'obligation de s'informer conformément aux exigences de l'article 1(1) LF voir Rn 65 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17.

¹⁶¹⁵ Rn 67 de l'arrêt BVerfG 1 BvR 276/17, limitation en raison du principe de confiance mutuelle voir Rn 66.

¹⁶¹⁶ Rn 63 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

L'idée d'une protection concrète minimum mais suffisante est en accord avec les jurisprudences de la CourEDH et de la CJUE concernant le niveau de protection à donner et avec le principe de confiance mutuelle¹⁶¹⁷, qui connaît une dimension matérielle et des limites concrètes¹⁶¹⁸. Ces exigences sont équivalentes à celles posées par la CJUE. Le niveau spécifique de protection défini dans le cadre de l'application du motif de non-exécution du MAE relatif au risque de traitement inhumain ou dégradant au regard des conditions de détention est alors conforme à la CDFUE, à la CEDH et à l'identité constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle allemande admet donc le principe de primauté du DUE en matière de motif de non-exécution du MAE relatif au risque réel de traitement inhumain ou dégradant, lié aux conditions de détention¹⁶¹⁹. Les juridictions allemandes violent les exigences posées par l'article 4 CDFUE en raison de la mauvaise application de la DC MAE¹⁶²⁰. Elles n'ont pas appliqués tous les critères de contrôle¹⁶²¹ ou se sont insuffisamment informées¹⁶²² de sorte que le contrôle opéré est insuffisant. La Cour constitutionnelle a particulièrement insisté sur la lecture trop restrictive des autorités judiciaires d'exécution de la jurisprudence *ML*¹⁶²³. La recherche d'informations exigée peut être perçue comme potentiellement plus importante que ce qu'avait initialement prévu la CJUE¹⁶²⁴. Selon la Cour constitutionnelle, il convient de rechercher l'établissement de détention provisoire en vu du jugement mais aussi le probable établissement d'exécution de la peine même si le MAE a été émis aux fins de poursuites¹⁶²⁵. D'autre part, le contrôle approfondi des conditions de détention doit être effectué pour chaque régime d'enfermement différent existant tant qu'il n'est pas totalement exclu et que l'on connaît l'établissement probable¹⁶²⁶.

¹⁶¹⁷ Rn 63 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶¹⁸ Voir *supra*.

¹⁶¹⁹ Point 7 du dispositif et Rn 68 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶²⁰ Rn 70 à 80 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶²¹ Rn 72 et 76 à 78 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶²² Rn 73 à 80 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶²³ Rn 73 à 80 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶²⁴ Rn 74 et notamment Rn 75 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶²⁵ Rn 80 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

¹⁶²⁶ Rn 74 et 76 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

La méthodologie *Aranyosi* est validée telle que la Cour constitutionnelle l'a interprétée dans ses développements. Ce n'est qu'à cette condition que la protection autonome des DFUE et le contrôle défini par la CJUE sont acceptables et acceptés. Cela explique peut-être le refus de renvoyer une question préjudicielle à la CJUE¹⁶²⁷. Le deuxième sénat a utilisé trois types de standards de la bonne utilisation du DUE, directement ou indirectement, ainsi que deux types de contrôles complémentaires de la validité et de la bonne application du DUE pour se dégager une marge et un rôle le plus important possible au niveau national mais aussi européen. L'application des DFUE « par équivalence » relève dès lors moins d'une équivalence des protections des différents ordres juridiques permettant de les appliquer alternativement de façon strictement différenciée que d'une forme de fusion (certes limitée) des jurisprudences et des garanties de ces différentes protections.

¹⁶²⁷ Rn 81 de l'arrêt BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18.

CONCLUSION CHAPITRE 2 :

Le principe de primauté et le principe de respect des droits fondamentaux entretiennent une relation ambiguë mais nécessaire au développement de la coopération judiciaire pénale. Certains acteurs juridictionnels de la protection des droits fondamentaux pourraient dans le futur participer à la reconnaissance par la CJUE d'une protection plus cohérente des droits fondamentaux de l'Union sans qu'il ne soit nécessaire de remettre en cause le principe de primauté. Bien évidemment, on ne peut ignorer les positions d'opposition liées à l'articulation de ces principes, chez les cours constitutionnelles ou suprêmes nationales¹⁶²⁸ ou même chez la CJUE¹⁶²⁹.

CONCLUSION PARTIE I :

Afin de proposer une articulation la plus optimale possible des principes structurants, la coopération judiciaire pénale actuelle doit maintenir la dimension abstraite

¹⁶²⁸ - Voir la réponse à l'arrêt CJUE (grande chambre), 19 avril 2016, *Ajos*. Affaire C-441/14. par la Cour constitutionnelle danoise, 6 décembre 2016, n°15/2014, « *Ajos* ». À ce sujet : S. KLINGE, « Dialogue or disobedience between the European Court of Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold-principle », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/12/dialogue-or-disobedience-between.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019 ; R. HOLDGAARD, D. ELKAN and G. KROHN SCHALDEMOSE, « from Cooperation to Collision: The ECJ's *Ajos* Ruling and the Danish Supreme Court's Refusal to comply », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 17 à 54.

- Voir également : Cour constitutionnelle tchèque, 31 janvier 2012, PI ÚS 5/12. À ce sujet A. LEVADE, « L'identité constitutionnelle tchèque méconnue : quand la Cour constitutionnelle conteste une décision de la Cour de justice », *Constitutions*, 2012, pages 292 à 293.

¹⁶²⁹ - Voir par exemple l'affaire « *Taricco* » pour un aperçu chronologique :

CJUE (grande chambre), 8 septembre 2015, *Procédure pénale contre Ivo Taricco e.a.* Affaire C-105/14. Puis CJUE (grande chambre), 5 décembre 2017, *M.A.S., & M.B.* Affaire C-42/17. soit « *Taricco II* ».

Voir à ce sujet : B. BUDINSKA, Z. VIKARSKA, M. FICHERA, « Criminal law, human rights and constitutional pluralism: two views on *Taricco II* », Blog EU Law analysis, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/12/criminal-law-human-rights-and.html>, 2017, dernière consultation décembre 2019 ; L. D'AMBROSIO, « *Lieto fine* pour l'affaire *Taricco* ou le résultat du dialogue constructif entre la Cour constitutionnelle italienne et la Cour de justice de l'Union européenne (*Corte Costituzionale* [Cour constitutionnelle italienne], ord. n° 24 du 16 janv. 2017 ; CJUE, gr. ch., 5 déc. 2017, aff. C-42/17, *M.A.S., M.B.*) », *RTD Eur.*, 2018, pages 173 à 178. ; E. DUBOUT, « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *M.A.S. et M.B.* », *RTD Eur.*, 2018, pages 563 à 586. ; C. RAUCHEGGER, « National constitutional rights and the primacy of EU law: *M.A.S.* », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 1521 à 1548. ; L. STAFFLER, « Strafgesetzhlichkeit im Dialog zwischen Verfassungs- und Unionsrecht », *ZStW* 130(4), 2018, pages 1147 à 1179. ; L. D'AMBROSIO, « Affaire *Taricco* : point final [*Corte Costituzionale* (Cour constitutionnelle italienne), arrêt n° 115 du 31 mai 2018] », *RTD Eur.*, 2019, pages 211 à 218.

- Voir également : CJUE (cinquième chambre), 4 octobre 2018, *Commission contre République française*. Recours en manquement au titre de l'article 258 TFUE. Affaire C-416/17. Voir J. D. LEFEUVRE, « L'arrêt de la CJUE du 4 octobre 2018, *Commission c. France*, vertus et limites du dialogue des juges au Palais Royal », *gdr-elsj*, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/17/informations-generales/larret-de-la-cjue-du-4-octobre-2018-commission-c-france-vertus-et-limites-du-dialogue-des-juges-au-palais-royal/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

du principe de respect des droits fondamentaux afin de préserver les effets de la présomption de confiance mutuelle du point de vue de l'efficacité de l'instrument de coopération. Il est néanmoins nécessaire de prévoir les espaces nécessaires à la concrétisation des droits fondamentaux dans le cadre des exceptions et de la dimension matérielle de la confiance mutuelle afin de réellement remplir l'objectif de validité de la coopération judiciaire pénale. Du point de vue du droit de l'Union, les droits fondamentaux formellement mis en avant doivent être les droits fondamentaux de l'Union afin de préserver son objectif d'autonomie, soutenu par le principe de primauté. En contrepartie, la protection concrète des droits fondamentaux de l'Union doit être suffisante et devrait prendre en considération les revendications constructives des autres acteurs juridictionnels de la coopération en la matière afin que la primauté formelle du DUE soit acceptable.

La pratique démontre cependant que la politique de coopération judiciaire pénale n'est pas encore parvenue à une réalisation totale de ces différents principes au regard des différents objectifs d'efficacité, d'autonomie et de respect des droits fondamentaux dans l'ELSJ.

PARTIE II: Les enjeux actuels de la coopération judiciaire pénale : une cohérence globale difficile de l'articulation des principes structurants

La deuxième partie de la thèse cherche à mettre en lumière les enjeux et défis pratiques et actuels concernant l'articulation des principes structurants en matière de coopération judiciaire pénale.

Premièrement, bien que le respect et la protection concrète des droits fondamentaux face l'objet d'une plus grande attention qu'auparavant, la CJUE reste toujours très(trop) prudente, voire ambiguë à ce sujet, de peur de réduire excessivement l'efficacité des instruments de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire pénale. Même les solutions jurisprudentielles les plus récentes en matière de protection des droits fondamentaux ne sont pas exemptes de critiques (**Chapitre 1**). Du fait de leur articulation, s'il n'est pas répondu de manière suffisamment satisfaisante à la question du respect effectif des droits fondamentaux, les autres principes structurants de la confiance mutuelle et de primauté du droit de l'Union risquent par la suite d'en pâtir et ainsi que, *in fine*, l'efficacité et l'autonomie de la coopération judiciaire pénale. La mise en œuvre cohérente de la DEE et du MAE risque d'être compliquée.

Deuxièmement, l'Union européenne vise malgré tout un nouveau stade de l'intégration avec la création du tout nouveau Parquet européen. L'enjeu est donc la traduction originale mais cohérente des principes structurants de la coopération judiciaire pénale et leur mise en articulation optimale à travers la structure, les fonctions et les pouvoirs du Parquet européen (**Chapitre 2**). Le Parquet européen s'avère le fruit d'un compromis durement arraché qui accorde une place peut-être trop importante aux Etats membres et à leur droit national, malgré la création d'une autorité judiciaire européenne d'enquête et de poursuite. Cela aura d'importantes conséquences sur l'application et l'articulation des principes structurants de la coopération judiciaire pénale.

CHAPITRE 1: Un développement qualitativement variable de la protection autonome des droits fondamentaux dans le cadre du MAE et de la DEE

La Cour de justice a développé une jurisprudence démontrant une préoccupation certaine face à la protection des droits fondamentaux dans le cadre du MAE et de la DEE. Cette préoccupation n'est toutefois pas dénuée d'ambivalence¹⁶³⁰. L'actualité juridique¹⁶³¹ démontre qu'en pratique deux interrogations principales persistent au niveau des juridictions nationales lorsqu'elles mettent en œuvre le MAE et la DEE : la définition de la notion d'autorité judiciaire et la question du respect des droits fondamentaux dans l'Etat membre d'émission.

Il existe actuellement une absence de stabilité autour de la notion autonome « d'autorité judiciaire » des instruments de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire pénale, notamment par rapport à la protection des droits fondamentaux **(Section 1)**. Cette notion d'autorité judiciaire sous-tendant pourtant l'ensemble du système de reconnaissance mutuelle du MAE et de la DEE¹⁶³². L'absence de définition cohérente de l'autorité judiciaire et son insertion dans un système de protection alors spécialisé ne convainc pas totalement du point de vue de l'articulation des principes structurants de la coopération judiciaire pénale et ne permet pas d'atteindre de façon optimale les objectifs d'efficacité, d'autonomie et de validité du droit de l'Union.

Ensuite, si l'introduction d'un nouveau motif jurisprudentiel de refus d'exécution du MAE basé sur la violation des droits fondamentaux a été, et doit être largement être saluée, la jurisprudence actuelle ne semble pas exempte de toute critique **(Section 2)**. Les fondements du motif de refus et son application pose toujours des questions relatives à l'efficacité du MAE mais surtout à la protection adéquate et effective des droits fondamentaux de l'Union européenne. Par conséquent, la question d'une transposition méthodologique dans le cadre de la DEE se pose également.

¹⁶³⁰ P. CORRE, « La confiance mutuelle, fondement du mandat d'arrêt européen et outil modulateur d'intégration de l'État membre », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 74 à 80.

¹⁶³¹ P. CORRE, « La confiance mutuelle, fondement du mandat d'arrêt européen et outil modulateur d'intégration de l'État membre », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 74 à 80.

¹⁶³² N. DESCOT, E. RUBI-CAVAGNA, « Le juge judiciaire en matière pénale et l'espace européen des libertés », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 184 à 187.

Section 1: L'absence de stabilité de la notion « d'autorité judiciaire » : une condition préalable à la reconnaissance mutuelle insuffisamment anticipée

La notion d'« *autorité judiciaire* » sous-tend l'ensemble du système de coopération judiciaire pénale et le mécanisme de reconnaissance mutuelle¹⁶³³. L'« *autorité judiciaire* » est à la fois garante de l'efficacité du MAE et de la DEE¹⁶³⁴ mais aussi du respect des droits et principes juridiques fondamentaux¹⁶³⁵, y compris des droits de la défense¹⁶³⁶. Afin de concilier de façon satisfaisante ces objectifs, les caractéristiques de la notion d'« *autorité judiciaire* » devraient s'insérer dans l'articulation des différents principes de primauté du DUE, de respect des droits fondamentaux et de la confiance mutuelle¹⁶³⁷. En particulier, la notion d'autorité judiciaire devrait assurer une protection suffisante du droit à un procès équitable¹⁶³⁸. Dans le cadre du MAE, l'enjeu est d'autant plus important que la méthodologie « *Aranyosi* » relative à l'application du motif autonome de non-exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux s'appuie largement sur la « *confiance réciproque* »¹⁶³⁹ entre autorités « *judiciaires* » d'émission et d'exécution¹⁶⁴⁰. L'élaboration de la notion d'autorité judiciaire devrait s'inscrire dans la conceptualisation progressive et évolutive de la confiance mutuelle et dans le rapport entre effectivité et protection des droits fondamentaux du droit pénal de l'Union européenne¹⁶⁴¹.

¹⁶³³ Voir en ce sens A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3. Sur l'impact profond des concepts autonomes sur l'architecture de la justice pénale dans l'Union européenne : voir R. COLSON and S. FIELD, « Chapitre 7 : Managing Legal Diversity in Europe's Area of Criminal Justice : The Role of Autonomous Concepts », in R. COLSON and S. FIELD, *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity : Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1ère édition, 2016, pages 138 à 142 concernant la notion d'autorité judiciaire en tant que fondation de la reconnaissance mutuelle.

¹⁶³⁴ Article 1(2) DC MAE et article 1(2) directive DEE.

¹⁶³⁵ Article 1(3) DC MAE et article 1(4) directive DEE.

¹⁶³⁶ Précision de l'article 1(4) de la directive DEE. Motif de refus explicite lié à la violation des droits fondamentaux à l'article 11(1) f) de la même directive.

¹⁶³⁷ Voir *supra* Partie I de la présente thèse.

¹⁶³⁸ Voir *supra* le lien entre système de justice, état de droit et protection du droit à un procès équitable au regard des acteurs.

¹⁶³⁹ Voir référence par exemple au point 112 de l'arrêt *ML* ; au point 68 de l'arrêt *Dorobantu*.

¹⁶⁴⁰ Voir *infra*.

¹⁶⁴¹ V. MITSILEGAS, « Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe's area of criminal justice », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 45 à 78.

L'absence de définition textuelle claire a pourtant conduit la Cour de justice de l'Union européenne à dégager une ou plutôt plusieurs notions autonomes variables et critiquables de « l'autorité judiciaire » **(1)**. Ces notions cherchent surtout à favoriser l'efficacité des instruments sans proposer un même niveau de protection des droits fondamentaux. Ces notions « d'autorité judiciaire » du MAE et de la DEE vont ensuite être intégrées dans un système global de protection alors à chaque fois spécifique au MAE et à la DEE **(2)**. Cette intégration procède de logiques différentes, liées au contenu préalablement déterminé de la notion d'autorité judiciaire.

La notion autonome d'« autorité judiciaire d'émission » du MAE¹⁶⁴² sera confrontée à celle d'« autorité judiciaire d'exécution » du MAE¹⁶⁴³ et à celles d'« autorité judiciaire » et d'« autorité d'émission » de la DEE¹⁶⁴⁴. Outre les critiques individuelles des notions d'autorité judiciaire du MAE et de la DEE prises séparément, une observation comparée conduit au constat d'une mise en avant excessive des particularités de chaque instrument au détriment d'une cohérence d'ensemble, en particulier au regard de la question de la protection des droits fondamentaux. Chaque instrument de coopération judiciaire pénale fondé sur la reconnaissance mutuelle paraît avoir un système de protection spécifique, allant jusqu'à recouvrir une logique de protection et des notions différentes des acteurs

¹⁶⁴² Les arrêts suivants serviront de base à notre observation :

- CJUE (deuxième chambre), 1^{er} juin 2016, *Bob-Dogi*. Affaire C-241/15. Ci-après « l'arrêt *Bob-Dogi* »;
- CJUE (quatrième chambre), 10 novembre 2016, *Halil Ibrahim Özçelik*. Affaire C-453/16 PPU. Ci-après « l'arrêt *Özçelik* »;
- CJUE (quatrième chambre), 10 novembre 2016, *Krzysztof Marek Poltorak*. Affaire C-452/16 PPU. Ci-après « l'arrêt *Poltorak* »;
- CJUE (quatrième chambre), 10 novembre 2016, *Ruslanas Kovalkovas*. Affaire C-477/16 PPU. Ci-après « l'arrêt *Kovalkovas* »;
- CJUE (grande chambre), 27 mai 2019, *OG et PI*. Affaires jointes C-508/18 (OG) et C-82/19 PPU (PI). Ci-après « l'arrêt *OG et PI* »;
- CJUE (grande chambre), 27 mai 2019, *PF*. Affaire C-509/18. Ci-après « l'arrêt *PF* »;
- CJUE (deuxième chambre), 9 octobre 2019, *NJ*. Affaire C-489/19 PPU. Ci-après « l'arrêt *NJ* »;
- CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *XD*. Affaire C-625/19 PPU. Ci-après « l'arrêt *XD* »;
- CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *ZB*. Affaire C-627/19 PPU. Ci-après « l'arrêt *ZB* »;
- CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *JR & YC*. Affaire JR (C-566/19 PPU), YC (C-626/19 PPU). Ci-après « l'arrêt *JR & YC* »;
- CJUE (troisième chambre), 21 janvier 2020, *MN*. Affaire C-813/19 PPU. Ci-après « l'arrêt *MN* »;
- CJUE (première chambre), 10 mars 2021, *PI*. Affaire C-648/20 PPU. Ci-après « l'arrêt *PI* »;
- CJUE (troisième chambre), 13 janvier 2021, *MM*,. Affaire C-414/20 PPU. Ci-après « l'arrêt *MM* ».

¹⁶⁴³ CJUE (grande chambre), 24 nov. 2020, *Procédure pénale contre AZ*. Affaire C-510/19. Ci-après « l'arrêt *AZ* ».

¹⁶⁴⁴ CJUE (grande chambre), 8 décembre 2020, *A et a*. Affaire C-584/19. Ci-après « l'arrêt *A et a*. »;
CJUE (quatrième chambre), 16 décembre 2021, *HP*. Affaire C-724/19. Ci-après « l'arrêt *HP* »;
en lien avec la protection juridictionnelle effective : CJUE (première chambre), 11 novembre 2021, *Gavanozov II*. Affaire C 852/19.

ayant la même appellation¹⁶⁴⁵. Ce manque de cohérence retentit *in fine* sur le principe de confiance mutuelle et l'efficacité des instruments qu'on cherchait à mettre en avant. Tout cela, alors que ces instruments concernent une même politique, la coopération judiciaire pénale, et un même espace, l'ELSJ¹⁶⁴⁶.

¹⁶⁴⁵ A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

¹⁶⁴⁶ Questionnement sur la faisabilité d'une interprétation cohérente des concepts autonomes dans un même domaine et entre différents domaines du droit de l'Union afin de progressivement passer de l'inter-étatique et la reconnaissance mutuelle à une harmonisation plus poussée des systèmes pénaux nationaux : voir R. COLSON and S. FIELD, « Chapitre 7 : Managing Legal Diversity in Europe's Area of Criminal Justice : The Role of Autonomous Concepts », in R. COLSON and S. FIELD, *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity : Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1ère édition, 2016, pages 125 à 159.

1) Une notion autonome souple et variable d'« autorité judiciaire » *a priori* favorable à l'efficacité du MAE et de la DEE

La décision-cadre du MAE et la directive de la DEE font toutes deux références à la compétence de l'autorité judiciaire pour délivrer/exécuter un MAE ou délivrer une DEE telle que désignée par l'Etat membre¹⁶⁴⁷. La CJUE n'a cependant pas adopté la même définition de la notion autonome de « l'autorité judiciaire » pour les deux instruments¹⁶⁴⁸.

La CJUE retient que la notion autonome d'autorité judiciaire d'émission du MAE recouvre « *les autorités appelées à participer à l'administration de la justice dans l'ordre juridique concerné* »¹⁶⁴⁹. Cette autorité doit cumulativement « *être en mesure d'exercer cette fonction de façon objective, (...) et sans être exposée au risque que son pouvoir décisionnel fasse l'objet d'ordres ou d'instructions extérieurs (...) de telle sorte qu'il n'existe aucun doute quant au fait que la décision d'émettre le mandat d'arrêt européen revienne à cette autorité* »¹⁶⁵⁰. Dans un but de cohérence et d'efficacité¹⁶⁵¹, la Cour de justice a adopté les mêmes critères concernant la qualification de l'« autorité judiciaire d'émission » qui émet la décision judiciaire nationale sur laquelle doit se fonder le MAE¹⁶⁵² et celle d'« autorité judiciaire d'exécution » du MAE¹⁶⁵³. En raison de l'uniformisation des

¹⁶⁴⁷ - Autorité judiciaire d'émission du MAE : article 6(1) DC MAE : « *L'autorité judiciaire d'émission est l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission qui est compétente pour délivrer un mandat d'arrêt européen en vertu du droit de cet État.* » ;

- Autorité judiciaire d'exécution du MAE : article 6(2) DC MAE : « *L'autorité judiciaire d'exécution est l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution qui est compétente pour exécuter le mandat d'arrêt européen en vertu du droit de cet État.* ».

- Autorité judiciaire d'émission de la DEE : article 2 c) i) directive DEE à la lumière de l'article 2 c) II) : « *un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur compétent(e) dans l'affaire concernée* ».

¹⁶⁴⁸ A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

¹⁶⁴⁹ Notion prévue à l'article l'article 6(1) DC MAE.

Voir notamment point 33 de l'arrêt *Poltorak* ; point 34 de l'arrêt *Kovalkovas* ; point 50 de l'arrêt *OG et PI* ; point 29 de l'arrêt *PF* ; point 52 de l'arrêt *JR & YC*, point 36 de l'arrêt *MN* ; point 37 de l'arrêt *PI*.

¹⁶⁵⁰ Voir notamment point 73 de l'arrêt *OG et PI* ; point 51 de l'arrêt *PF*, 27 mai 2019 ; rappel des deux critères cumulatifs au point 52 de l'arrêt *JR & YC*.

¹⁶⁵¹ Concernant la cohérence : voir point 33 de l'arrêt *Özçelik* ;

Concernant l'efficacité : voir point 35 de l'arrêt *Özçelik* ;

Concernant les droits fondamentaux : voir point 36 de l'arrêt *Özçelik* ; points 41 et 48 de l'arrêt *AZ*.

¹⁶⁵² Notion de l'article 8(1) c) de la DC MAE.

Voir points 32 et 33 de l'arrêt *Özçelik*.

¹⁶⁵³ Notion de l'article 6(2) de la DC MAE.

Affirmation point 41 et justification de la transposition des critères points 47 à 53 et conclusion au point 54 de l'arrêt *AZ*.

critères dans le cadre du MAE et de l'attention principalement portée à cette notion au stade de l'émission du MAE¹⁶⁵⁴, cette sous-partie se concentrera essentiellement sur la notion d'autorité judiciaire d'émission du MAE.

La mise en cohérence de la notion d'autorité judiciaire s'arrête malheureusement au cadre du MAE. La CJUE a refusé dans un arrêt *A et a* du 8 décembre 2020¹⁶⁵⁵ de transposer les critères de qualification de la notion d'autorité judiciaire du MAE à celle de la DEE¹⁶⁵⁶. L'autorité judiciaire, qu'elle soit l'autorité d'émission¹⁶⁵⁷ ou de validation¹⁶⁵⁸ de la DEE, est explicitement¹⁶⁵⁹ « *un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur compétent(e) dans l'affaire concernée* » en vertu du droit national¹⁶⁶⁰. La notion autonome d'autorité judiciaire de la DEE n'est en particulier pas subordonnée à « *l'absence de rapport de subordination légale de celui-ci à l'égard du pouvoir exécutif de l'État membre dont il relève* »¹⁶⁶¹

Les critères de participation à l'administration de la justice pénale et de compétence des autorités judiciaires du MAE et de la DEE sont malgré tout assez proches et tous deux favorisent une plus grande efficacité des instruments **(a)**. Ces critères offrent en effet une certaine souplesse à la notion d'autorité judiciaire afin d'englober plus d'acteurs que les seules « autorités juridictionnelles » en raison de la diversité des systèmes juridiques

À l'inverse, l'exigence relative à l'indépendance et à l'objectivité de l'autorité judiciaire pose plus de difficultés. Ce qui pourrait constituer une garantie des droits fondamentaux en tant que deuxième critère de qualification n'a finalement qu'une place très variable et relative. La protection assurée à travers la définition de la notion d'autorité judiciaire est alors inégale, au mieux assez formelle et abstraite, au pire inexistante **(b)**. Cela a un effet sur la confiance mutuelle, qui sera elle aussi variable.

¹⁶⁵⁴ A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

¹⁶⁵⁵ CJUE (grande chambre), 8 décembre 2020, *A et a*. Affaire C-584/19.

¹⁶⁵⁶ Voir point 72 de l'arrêt *A et a*.

¹⁶⁵⁷ Article 2 sous c) ii) directive DEE.

¹⁶⁵⁸ Article 2 sous c) i) directive DEE.

¹⁶⁵⁹ Voir point 50 de l'arrêt *A et a*.

¹⁶⁶⁰ Voir points 51 à 54 de l'arrêt *A et a*.

¹⁶⁶¹ Point 54 de l'arrêt *A et a*.

a) Une première exigence fonctionnelle : la participation à l'administration de la justice ou le critère de compétence de l'autorité judiciaire

La participation à l'administration de la justice pénale devient le premier critère de qualification en tant qu'autorité judiciaire d'émission du MAE tandis que celui de la compétence donnée par le droit national est le seul imposé par la CJUE aux fins de qualification de l'autorité judiciaire d'émission de la DEE. Ces critères prennent en considération la diversité des systèmes nationaux de justice pénale tout en assurant une grande efficacité de la coopération judiciaire¹⁶⁶². Les notions autonomes d' « autorité judiciaire » retenues par la Cour de justice ne se confondent pas avec celle d'« autorité juridictionnelle » mais sera plus largement entendue.

Le critère de participation à la justice pénale peut sembler plus étroit en tant que caractéristique spécifique de l'autorité judiciaire du MAE. Le critère de compétence posé dans le cadre de la DEE n'est au contraire pas spécifique à l'autorité judiciaire mais vise l'ensemble des autorités d'émission de la DEE. Néanmoins, une DEE émise par une autorité d'émission non-judiciaire doit toujours être validée par l'une des autorités judiciaires énumérées dans la directive, qui devient alors au moins co-émettrice, sinon seule responsable¹⁶⁶³. Ainsi, le MAE et la DEE sont toutes deux des décisions judiciaires prises par des autorités judiciaires qui, en pratique, seront potentiellement les mêmes. Par différents raisonnements, la CJUE conclut que les juges, juridictions et parquets nationaux sont en principe qualifiables en tant qu'autorité judiciaire du MAE et de la DEE, tandis que les autorités de police ou les autorités administratives sont écartées.

Dans le cadre du MAE, la Cour de justice a d'abord dégagé une « définition négative » de la notion d'autorité judiciaire, c'est-à-dire ce qui ne relève pas de cette notion, au regard du critère de participation à l'administration de la justice¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁶² V. MITSILEGAS, « Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe's area of criminal justice », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 45 à 78. ; A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

¹⁶⁶³ Article 2 sous c) ii) directive DEE.

¹⁶⁶⁴A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

La CJUE a ainsi exclu d'office les autorités de police¹⁶⁶⁵ et les autorités administratives appartenant un organe du pouvoir exécutif, tel qu'un ministère¹⁶⁶⁶, conformément au « *principe de séparation des pouvoirs qui caractérise le fonctionnement d'un État de droit* »¹⁶⁶⁷. Ce principe exige de distinguer le pouvoir judiciaire du pouvoir exécutif et conduit alors le critère de participation à l'administration de la justice pénale à proposer un embryon de protection qui sera par la suite renforcé. L'Union européenne est une Union de valeurs¹⁶⁶⁸ et la Cour de justice a conscience que des enjeux plus généraux, structurels se retrouvent dans le cadre de la coopération judiciaire pénale et notamment dans cette notion inscrite dans le MAE. Le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs trouve sa traduction spécifique « européenne » dans les exclusions opérées et participe à la crédibilité de la protection que pourra offrir l'autorité judiciaire (bien que les caractéristiques de celle-ci restent à préciser)¹⁶⁶⁹. L'autorité judiciaire doit pouvoir garantir un certain degré de protection dans le cadre de ses fonctions, lorsqu'elle participe à l'administration de la justice¹⁶⁷⁰ puisqu'elle a la responsabilité finale de la délivrance du MAE¹⁶⁷¹ et que toute la procédure de remise doit être exercée sous contrôle judiciaire¹⁶⁷². La décision d'émission d'un MAE¹⁶⁷³ par un ministère ou une autorité de police et sa qualification en tant qu'autorité judiciaire n'est pas donc pas possible en raison de la protection insuffisante qui en résulterait¹⁶⁷⁴. La limitation de l'intervention des autorités de police ou administratives et gouvernementales s'inscrit dans la volonté de créer un ensemble cohérent de garanties minimales dans le

¹⁶⁶⁵ Voir points 34 et 46 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁶⁶⁶ Voir point 35 et 45 de l'arrêt *Kovalkovas*, la protection judiciaire sera développée *infra*.

¹⁶⁶⁷ Voir point 35 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁶⁶⁸ Voir point 45 de l'arrêt CJUE (grande chambre), 25 juillet 2018, *LM*. Affaire C-216/18 PPU.

¹⁶⁶⁹ Voir notamment points 39 et 40 de l'arrêt *Poltorak* ; voir point 37 de l'arrêt *Kovalkovas*. C. MAYEUR-CARPENTIER, « Le mandat d'arrêt européen et l'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission », *Revue de l'Union européenne* n°635, 2020, pages 87 à 94.

¹⁶⁷⁰ Voir point 37 de l'arrêt *Kovalkovas*.

¹⁶⁷¹ Voir points 47 à 51 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁶⁷² Voir point 37 de l'arrêt *Kovalkovas*. L'intervention d'une autorité judiciaire est également requise lors d'autres phases importantes de la procédure de remise, voir point 40 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁶⁷³ Voir point 40 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁶⁷⁴ Concernant le ministère : points 38 et 39 de l'arrêt *Kovalkovas*. Celui-ci ne peut intervenir que de façon limitée et secondaire en tant qu'autorité centrale. Idem concernant la police : point 39 de l'arrêt *Poltorak*.

cadre du MAE. Il est uniquement possible d'avoir recours aux services centraux de police ou d'un ministère en tant qu'autorité centrale¹⁶⁷⁵ aux fonctions secondaires d'appui¹⁶⁷⁶.

D'un point de vue de l'efficacité « pure »¹⁶⁷⁷, la coopération judiciaire en matière pénale doit aussi être distinguée de la coopération policière pour des questions de cohérence de l'architecture de l'ELSJ et de ses politiques¹⁶⁷⁸. La coopération policière pénale de l'UE étant plus limitée, moins intégrée que le volet judiciaire, il n'y a d'ailleurs aucun bénéfice du point de vue de l'efficacité du MAE à rattacher les services de police à la notion. Dans le cadre du MAE, la mise à l'écart des autorités de police¹⁶⁷⁹ ou des ministères¹⁶⁸⁰ vise notamment à ne pas retomber dans le système de coopération classique et politisé de l'extradition¹⁶⁸¹. C'est probablement pourquoi l'organisation spécifique des services de police au sein du pouvoir exécutif et leur degré d'autonomie sont sans pertinence sur leur non-qualification en tant qu'autorité judiciaire¹⁶⁸². La désignation d'un organe du pouvoir exécutif en tant qu'autorité d'émission du MAE reviendrait à ré-accorder au pouvoir exécutif le pouvoir décisionnel dans la procédure de remise, ce que la décision-cadre vise précisément à supprimer¹⁶⁸³.

Par le jeu croisé de l'efficacité et de la protection¹⁶⁸⁴, ces exclusions favorisent finalement la confiance mutuelle¹⁶⁸⁵ et la technique de reconnaissance mutuelle¹⁶⁸⁶. La présomption de confiance mutuelle est même renforcée par l'intervention d'une autorité judiciaire¹⁶⁸⁷. Le contrôle judiciaire lors de l'émission du MAE est ainsi une prémisse à la

¹⁶⁷⁵ Voir article 7 DC MAE.

¹⁶⁷⁶ Voir points 41 et 42 de l'arrêt *Poltorak*. Leur rôle est limité à l'assistance pratique et administrative des autorités judiciaires compétentes.

¹⁶⁷⁷ Voir points 26 et 27 de l'arrêt *Poltorak* ; voir point 27 de l'arrêt *Kovalkovas*.

¹⁶⁷⁸ Voir point 37 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁶⁷⁹ Voir points 47 à 51 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁶⁸⁰ Voir points 25 et 26 de l'arrêt *Kovalkovas*.

¹⁶⁸¹ Voir point 41 de l'arrêt *Kovalkovas*.

¹⁶⁸² Voir point 45 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁶⁸³ Voir point 42 de l'arrêt *Kovalkovas*.

¹⁶⁸⁴ Voir point 43 de l'arrêt *Poltorak* ; voir point 40 de l'arrêt *Kovalkovas*.

¹⁶⁸⁵ Voir point 25 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁶⁸⁶ Voir point 24 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁶⁸⁷ Voir point 43 de l'arrêt *Kovalkovas*.

reconnaissance mutuelle¹⁶⁸⁸ qui justifie un « *degré de confiance élevé entre les Etats membres* »¹⁶⁸⁹. Le contrôle de l'autorité judiciaire est une garantie procédurale minimale de la confiance mutuelle en raison de la protection des droits fondamentaux qu'il procure. Dans ce cadre, l'émission d'un MAE par une entité appartenant au pouvoir exécutif ne permettrait pas d'apporter à l'autorité judiciaire *d'exécution* en face l'assurance que l'émission de ce mandat ait bénéficié d'un contrôle judiciaire et ne saurait, dès lors, suffire à justifier un degré de confiance élevé¹⁶⁹⁰.

Dans un second temps, la CJUE va, à l'inverse, exploiter le potentiel d'ouverture de la notion d'autorité judiciaire sur le fondement du même critère de participation à l'administration de la justice¹⁶⁹¹. La Cour a ainsi pu envisager le cas particulier du parquet, à la fois rattaché au pouvoir judiciaire et au pouvoir exécutif. L'exclusion ou l'inclusion de cet acteur dans la notion d'autorité judiciaire d'émission du MAE n'était pas évidente¹⁶⁹². Les parquets nationaux ont d'abord été acceptés en tant qu'autorité judiciaire d'émission du mandat d'arrêt national¹⁶⁹³. Dans les arrêts *OG et PI*¹⁶⁹⁴ et *PF*¹⁶⁹⁵ du 27 mai 2019, contre l'avis de son avocat général¹⁶⁹⁶, la Cour de justice a finalement posé une présomption favorable à la qualification des autorités appartenant au Ministère

¹⁶⁸⁸ Voir point 44 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁶⁸⁹ Voir point 45 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁶⁹⁰ Voir point 44 de l'arrêt *Kovalkovas*.

¹⁶⁹¹ Voir points 50 et 51 de l'arrêt *OG et PI* ; points 29 et 30 de l'arrêt *PF*.

Référence à la construction d'une notion fonctionnelle par nature plus ouverte en vertu de ce critère chez A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

¹⁶⁹² B. NICAUD, « Conformité au droit de l'Union de l'émission des mandats d'arrêt européens émis par le parquet français, CJUE 12 mars 2019, nos C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *AJ Pénal*, 2020, pages 125 à 128.

Cette question pouvait aussi se poser au regard des conclusions de l'avocat général M. Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA dans l'affaire *Özçelik* C-453/16 PPU, point 45, comme soulevé dans l'article de J. BURCHETT, « CJEU: European Arrest Warrants and independence of public prosecutors », *EU Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/06/cjeu-european-arrest-warrants-and.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

¹⁶⁹³ Voir points 32 à 34 de l'arrêt *Özçelik*. Ou son équivalent.

¹⁶⁹⁴ CJUE (grande chambre), 27 mai 2019, *OG et PI*. Affaires C-508/18 (*OG*) et C-82/19 PPU (*PI*).

¹⁶⁹⁵ CJUE (grande chambre), 27 mai 2019, *PF*. Affaire C-509/18.

¹⁶⁹⁶ Conclusions de l'avocat général M. Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 30 avril 2019 dans les affaires jointes *OG et PI* C-508/18 et C-82/19 PPU, notamment point 100 ; et dans ses conclusions dans l'affaire *PF* C-509/18, voir notamment point 46. Position de principe maintenue par la suite, voir notamment point 23 des conclusions du même avocat général dans l'affaire *JR et YC* C-566/19 PPU et C-626/19 PPU.

public en tant qu'autorité judiciaire d'émission du MAE. Cette reconnaissance permet *a priori* une mise en cohérence avec la DEE¹⁶⁹⁷ qui considère explicitement le parquet comme une autorité judiciaire¹⁶⁹⁸ et le Parquet européen qui constitue officiellement un nouvel organe de coopération judiciaire pénale européenne¹⁶⁹⁹. Il s'agit d'une acceptation de principe qui admet une certaine continuité tout en autorisant la CJUE de poser des exigences supplémentaires par la suite¹⁷⁰⁰.

La présomption de qualification des parquets nationaux en tant qu'« autorité judiciaire » va quasi-exclusivement être justifiée par l'objectif d'efficacité du MAE¹⁷⁰¹ et la pleine réalisation de la coopération judiciaire pénale¹⁷⁰². La référence à une garantie des droits fondamentaux se fera plus importante au moment de l'élaboration du nouveau critère cumulatif de qualification, lorsqu'il s'agira d'éventuellement renverser la présomption de qualification du parquet en tant qu'autorité judiciaire¹⁷⁰³.

L'objectif est d'instaurer « *un système de libre circulation des décisions judiciaires en matière pénale, tant pré-sentencielles que définitives, dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice* »¹⁷⁰⁴. En effet, la DC MAE « *porte sur la reconnaissance mutuelle non pas uniquement des décisions définitives rendues par les juridictions pénales, mais plus largement des décisions adoptées par les autorités judiciaires (...), en ce compris la phase de cette procédure relative aux poursuites pénales* »¹⁷⁰⁵. Le terme « *procédure* » s'entend donc largement et couvre l'ensemble de la procédure pénale: la phase préalable au procès pénal, le procès pénal lui-même et la phase d'exécution de la décision définitive d'une juridiction pénale¹⁷⁰⁶. Il est donc nécessaire d'envisager d'autres acteurs que les

¹⁶⁹⁷ Voir *infra*.

¹⁶⁹⁸ Voir article 2 c) i) et ii) de la directive DEE.

¹⁶⁹⁹ Il s'agit d'un nouvel organe supranational de la coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne, essentiellement composé de procureurs européens et de procureurs européens délégués.

¹⁷⁰⁰ La Cour de justice va élaborer un nouveau critère cumulatif : le respect d'une exigence minimale d'indépendance et d'impartialité. Voir à partir du point 64 de l'arrêt *OG et PI* ; du point 43 de l'arrêt *PF*. Développement *infra*.

¹⁷⁰¹ Voir notamment les points 52 à 62 de l'arrêt *OG et PI* et les points 31 à 38 de l'arrêt *PF*.

¹⁷⁰² Voir point 57 de l'arrêt *OG et PI* ; point 36 de l'arrêt *PF*.

¹⁷⁰³ À partir du point 64 de l'arrêt *OG et P* et du point 43 de l'arrêt *PF*.

¹⁷⁰⁴ Voir point 56 de l'arrêt *OG et PI* ; point 35 de l'arrêt *PF*.

¹⁷⁰⁵ Voir point 52 de l'arrêt *OG et PI* ; point 31 de l'arrêt *PF*.

¹⁷⁰⁶ Voir point 54 de l'arrêt *OG et P* ; point 33 de l'arrêt *PF*.

seuls juges en tant qu'autorité judiciaire, qui sont présents dans ces différentes phases. L'usage du MAE serait sinon restreint et les simplifications apportées à la procédure de remise seraient écartées¹⁷⁰⁷. Le MAE peut notamment être délivré aux fins de poursuites pénales¹⁷⁰⁸ et doit alors faciliter « *la libre circulation des décisions judiciaires, préalables au jugement, relatives à l'exercice des poursuites pénales* »¹⁷⁰⁹. Les autorités qui sont compétentes en vertu du droit national pour adopter de telles décisions sont donc susceptibles d'être qualifiées d'autorité judiciaire en tant qu'elles sont susceptibles de relever du champ d'application de la DC MAE¹⁷¹⁰. La préservation de la présomption de confiance mutuelle exige l'ouverture du mécanisme de reconnaissance mutuelle à la diversité des procédures et systèmes pénaux des Etats membres¹⁷¹¹.

Tel est le cas d'un parquet national lorsqu'il qui dispose de la compétence pour exercer des poursuites à l'égard d'une personne soupçonnée aux fins de l'attirer devant une juridiction¹⁷¹². En effet, ses fonctions relatives à l'exercice des poursuites sont essentielles¹⁷¹³ en ce qu'elles permettent la « *mise en place des conditions préalables à l'exercice du pouvoir judiciaire par une juridiction pénale* »¹⁷¹⁴. Il participe alors à l'administration de la justice de l'État membre concerné. Comme potentiellement tout parquet national¹⁷¹⁵, la CJUE a retenu que les parquets allemands et français participaient à l'administration de la justice pénale et étaient donc « *susceptibles* » d'être qualifiés d'autorité judiciaire¹⁷¹⁶.

¹⁷⁰⁷ Voir point 57 de l'arrêt *OG et PI* ; point 36 de l'arrêt *PF*.

¹⁷⁰⁸ Voir point 58 de l'arrêt *OG et PI* ; point 37 de l'arrêt *PF*.

¹⁷⁰⁹ Voir point 59 de l'arrêt *OG et PI* ; point 38 de l'arrêt *PF*.

¹⁷¹⁰ Voir point 59 de l'arrêt *OG et PI* ; point 38 de l'arrêt *PF*.

¹⁷¹¹ Voir point 57 de l'arrêt *OG et PI* ; point 36 de l'arrêt *PF*.

¹⁷¹² Voir point 60 de l'arrêt *OG et PI* ; point 39 de l'arrêt *PF*.

¹⁷¹³ L. BAUDRIHAYE-GÉRARD « Can Belgian, French and Swedish prosecutors issue European Arrest Warrants? The CJEU clarifies the requirement for independent public prosecutors », Fair Trials, EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/01/can-belgian-french-and-swedish.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

¹⁷¹⁴ Voir notamment point 41 de l'arrêt *PF*. Voir aussi en ce sens point 60 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷¹⁵ Cela à chaque fois été le cas concernant le parquet allemand, lituanien, hollandais, français, belge, suédois.

¹⁷¹⁶ Voir point 61 de l'arrêt *OG et PI* concernant le parquet allemand ; voir point 53 de l'arrêt *JR & YC* concernant le parquet français.

En Allemagne, « *le déclenchement de l'action publique relève des parquets, de telle sorte qu'ils sont les seuls compétents pour entamer les poursuites pénales* »¹⁷¹⁷. La procédure pénale allemande est divisée en trois phases : une enquête préliminaire, une procédure devant tribunal intermédiaire et une procédure devant tribunal principal. L'enquête préliminaire est menée par le ministère public allemand et suivie par l'introduction d'une action publique ou d'un désistement de la procédure¹⁷¹⁸. Afin d'examiner les faits lorsqu'il y a soupçon de crime et de décider si une plainte publique doit être déposée¹⁷¹⁹, le ministère public dispose de pouvoirs d'enquête généraux¹⁷²⁰ afin de mener ou de faire mener des enquêtes par les autorités de police. Ce n'est que pour certaines mesures coercitives que le juge doit donner son accord¹⁷²¹. Le ministère public allemand est donc « le maître » de la procédure préliminaire jusqu'au dépôt de la plainte publique. Dans le cadre d'une procédure interlocutoire (intermédiaire et juridictionnelle), le tribunal examine ensuite si l'accusation est recevable et si une procédure judiciaire principale doit être engagée¹⁷²². Si l'action publique est justifiée, une procédure judiciaire est ouverte et les tribunaux compétent poursuivent la procédure¹⁷²³. Lesdits parquets mettent donc effectivement en place les conditions préalables à l'exercice du pouvoir judiciaire par les juridictions pénales¹⁷²⁴ et sont « *susceptibles d'être considérés comme participant à l'administration de la justice pénale* »¹⁷²⁵.

Concernant le parquet français, la Cour de justice a simplement retenu que la participation à l'administration de la justice pénale de ses membres n'était pas contestée¹⁷²⁶. En France, la procédure pénale peut aussi être divisée en trois phases jusqu'à la condamnation en première instance : une première phase d'enquête, une

¹⁷¹⁷ Voir point 62 de l'arrêt *OG et PI*. Concernant le détail de la procédure allemande : voir D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages et référence citée : Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, page 54.

¹⁷¹⁸ § 170 et suivants StPO.

¹⁷¹⁹ § 160 du StPO.

¹⁷²⁰ §§ 161 et 163 StPO.

¹⁷²¹ voir § 162 du StPO.

¹⁷²² Les particularités de la procédure pénale allemande ne seront pas traitées dans la présente thèse. Le but est de donner une vision générale nécessaire à la compréhension.

¹⁷²³ Conformément au § 162 (3) phrase 1 du StPO.

¹⁷²⁴ Voir point 62 de l'arrêt *OG et PI* ; point 41 de l'arrêt *PF*.

¹⁷²⁵ Voir point 63 de l'arrêt *OG et PI* ; idem pour le parquet lituanien : point 42 de l'arrêt *PF*.

¹⁷²⁶ Voir point 53 de l'arrêt *JR & YC*.

deuxième phase de poursuite et une troisième phase de jugement¹⁷²⁷. Lors de la phase d'enquête, un rôle essentiel est confié au Procureur de la République qui peut initier l'enquête¹⁷²⁸ et diriger les opérations de la police¹⁷²⁹. La phase de poursuite est également initiée par le ministère public¹⁷³⁰. Si les enquêtes de police préliminaires confirment le soupçon d'infraction « simple », le ministère public décide par une décision d'orientation, s'il y a lieu ou non de procéder à mise en accusation et d'ouvrir la phase de jugement¹⁷³¹. En revanche, s'il y a soupçon de crime ou de délit grave, le parquet décide de l'ouverture d'une information. Une telle ouverture n'est obligatoire qu'en cas de suspicion de crime¹⁷³². Le ministère public dispose dans les autres cas d'une large marge d'appréciation concernant la suite de la procédure¹⁷³³. Il participe donc lui aussi à la mise en place des conditions préalables à l'exercice du pouvoir judiciaire des juridictions pénales françaises et est ainsi susceptible d'être qualifié d'autorité judiciaire d'émission du MAE.

L'Allemagne comme la France prévoyait en outre une intervention du parquet lors de l'émission d'un MAE. L'article 695-16(1) du CPP français dispose que le ministère public près la juridiction d'instruction, de jugement ou d'application des peines ayant décerné un mandat d'arrêt met celui-ci à exécution sous la forme d'un MAE. Le ministère public français est également compétent pour assurer, sous la forme d'un MAE, l'exécution des peines privatives de liberté¹⁷³⁴. En Allemagne, la loi fédérale sur l'entraide

¹⁷²⁷ Division retenue dans dans la thèse publiée de D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages et à laquelle nous renvoyons pour plus de détails.

¹⁷²⁸ Voir article 40 du CPP.

¹⁷²⁹ Voir article 12 du CPP.

¹⁷³⁰ Voir article 31 du CPP.

¹⁷³¹ D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages et références citées Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, pages 782 et suivants ; Pradel, *Procédure Pénale*, Cujas, 2017, page 621. Ces éléments ne pourront pas être détaillés dans le cadre de cette thèse.

¹⁷³² Conformément à l'article 79 du CPP.

¹⁷³³ D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages et références citées KÜHNE, *Strafprozessrecht*, page 743 ; PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, Paris, 2017, page 626; VAN RUYMBEKEN, *Le juge d'instruction*, PUF, Paris, 2016, page 21 ; BARTH/KOCH, *in Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, page 96 ; NITSCHMANN, *in Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses*, page 90.

¹⁷³⁴ Voir article 695-16(3) du CPP.

internationale en matière pénale¹⁷³⁵ prévoyait que le parquet pouvait être désigné comme autorité compétente par les Länder afin d'émettre ou de valider un MAE¹⁷³⁶.

Dans le cadre de la DEE, la Cour de justice s'est appuyée sur l'article 2 sous c de la directive DEE afin de déterminer ce qui relève d'une « autorité judiciaire ».

Il ressort du libellé de l'article 2 sous c) que l'autorité d'émission doit « être compétente dans l'affaire concernée, soit en tant que juge, juridiction, juge d'instruction ou procureur¹⁷³⁷, soit (...) en tant qu'autorité chargée des enquêtes¹⁷³⁸ »¹⁷³⁹. Les autorités d'émission constituées par une *autorité chargée des enquêtes* doit faire valider avant transmission sa décision d'enquête européenne par un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur dans l'État d'émission¹⁷⁴⁰. L'article 2 sous c ii considère cette validation comme étant celle d'une autorité judiciaire¹⁷⁴¹. Un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur est donc une autorité judiciaire. Puisque la validation permet également de considérer ces derniers comme une autorité d'émission aux fins de la transmission de la DEE, la lecture combinée des dispositions de l'article 2 sous c) i et ii dernière phrase¹⁷⁴², permet de déduire qu'« un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur compétent(e) dans l'affaire concernée »¹⁷⁴³ est une « autorité judiciaire d'émission ». Cela confirme aussi qu'une autorité judiciaire d'émission doit prendre, directement ou indirectement, la DEE¹⁷⁴⁴.

Ainsi, une autorité est une autorité judiciaire uniquement parce qu'elle est explicitement listée et une autorité d'émission uniquement parce qu'elle est compétente en vertu du droit national. Il ne fait alors aucun doute que les autorités ministérielles et les autorités de police ne sont pas considérées comme des autorités *judiciaires*

¹⁷³⁵ « Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen », abrégée « IRG ».

¹⁷³⁶ Voir § 91j « Ausgehende Ersuchen » de l'IRG.

¹⁷³⁷ Conformément à l'article 2 sous c) i) de la directive DEE.

¹⁷³⁸ Conformément à l'article 2 sous c) ii) de la directive DEE.

¹⁷³⁹ Voir point 29 de l'arrêt *HP*.

¹⁷⁴⁰ Article 2 sous c) ii) de la directive DEE, avant dernière phrase.

¹⁷⁴¹ Article 2 sous c) ii) de la directive DEE, dernière phrase.

¹⁷⁴² Points 41 à 47 de l'arrêt *A et a*.

¹⁷⁴³ Article 2 sous c) i) de la directive DEE.

¹⁷⁴⁴ Points 41, 43 et 44 de l'arrêt *A et a*.

d'émission¹⁷⁴⁵. À l'inverse, il ne fait également aucun doute que le procureur puisse être une autorité judiciaire d'émission d'une DEE¹⁷⁴⁶. Il s'agit également d'une acceptation de principe, l'exclusion étant l'exception. La combinaison de ces deux éléments rapproche le critère de compétence du premier critère de qualification de l'autorité judiciaire d'émission dans le cadre du MAE. Le résultat pratique est identique mais la CJUE ne fait par contre aucune référence à la garantie des droits fondamentaux au travers du critère de qualification choisi¹⁷⁴⁷. Le caractère uniquement technique de la sélection des autorités judiciaires offre une protection moindre. L'aspect « efficacité » est donc encore plus prégnant dans le cadre de la DEE que dans celui du MAE. Cela sera confirmé par l'absence d'un deuxième critère relatif à l'indépendance et l'objectivité minimum.

L'exclusion exceptionnelle du parquet en tant qu'autorité judiciaire démission de la DEE ne sera donc pas relative à l'insuffisance de protection et d'indépendance comme dans le cadre du MAE¹⁷⁴⁸, mais plutôt parce qu'il est « insuffisamment compétent » par rapport au premier et seul critère posé¹⁷⁴⁹. Dans l'arrêt HP du 16 décembre 2021¹⁷⁵⁰, la Cour de justice a précisé la notion d'autorité d'émission, et, par là, celle d'autorité *judiciaire* d'émission d'une DEE par rapport à ce critère de la compétence donnée. Il s'agissait de savoir si l'expression « *compétent(e) dans l'affaire concernée* » exige qu'il y ait, en plus de la compétence donnée pour ordonner une DEE, un parallélisme des compétences pour ordonner l'obtention des mêmes preuves dans le cadre d'une procédure purement nationale¹⁷⁵¹. Ainsi, « *tant pour vérifier le caractère nécessaire et proportionné d'une mesure d'enquête* » faisant l'objet de la DEE conformément à l'article

¹⁷⁴⁵ La même solution est retenue chez A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

¹⁷⁴⁶ La même solution est retenue chez A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

¹⁷⁴⁷ Idée partagée chez A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

¹⁷⁴⁸ Voir *infra*.

¹⁷⁴⁹ Voir le développement du critère de compétence chez B. NICAUD, « CJUE : émission d'une décision d'enquête européenne et voies de recours », *Dalloz actualité*, 6 Décembre 2021. Voir également B. NICAUD, « CJUE : notion d'autorité d'émission d'une décision d'enquête européenne », *Dalloz actualité*, 20 janvier 2022.

¹⁷⁵⁰ CJUE (quatrième chambre), 16 décembre 2021, *HP*. Affaire C-724/19.

¹⁷⁵¹ Voir point 30 de l'arrêt *HP*.

6(1) sous a) et au regard du considérant n°11¹⁷⁵², « *que pour fournir les justifications supplémentaires* » concernant certaines mesures d'enquêtes spécifiques des articles 26§5, 27§4, 28§3¹⁷⁵³, « *l'autorité d'émission doit être l'autorité chargée de l'enquête dans le cadre de la procédure pénale concernée, (...) compétente pour ordonner l'obtention de preuves conformément au droit national* »¹⁷⁵⁴. Cela est conforme à la condition posée à l'article 6(1) sous b), de la directive DEE selon laquelle l'autorité d'émission ne peut émettre une DEE qu'à la condition que la ou les mesures d'enquête visées auraient pu être ordonnées dans les mêmes conditions que dans le cadre d'une procédure nationale similaire¹⁷⁵⁵. Pour des préoccupations de proximité avec l'enquête et de responsabilité de l'autorité, seule une autorité compétente pour ordonner une mesure d'enquête en vertu du droit national de l'État d'émission peut être compétente pour émettre une DEE portant sur l'exécution de cette même mesure¹⁷⁵⁶. C'est à cette condition qu'est assurée l'efficacité de la DEE¹⁷⁵⁷. Une distinction entre autorité d'émission et autorité compétente pour ordonner la mesure complexifierait potentiellement la procédure de coopération dont pourtant l'objectif est la simplification et la rapidité¹⁷⁵⁸. La répartition des compétences doit conduire à choisir l'autorité d'émission la mieux placée pour décider, en fonction de sa connaissance des éléments de l'enquête concernée, des mesures d'enquête auxquelles il y a lieu de recourir¹⁷⁵⁹. Il s'ensuit que, lorsque le procureur n'est pas compétent pour ordonner une mesure d'enquête particulière au niveau national, il ne saurait être considéré comme étant une autorité (judiciaire) d'émission, au sens de l'article 2, sous c), i), de la directive 2014/41, compétente pour émettre une DEE¹⁷⁶⁰.

Les Etats membres ont donc une marge de manœuvre dans la désignation des autorités judiciaires compétentes, favorable à l'efficacité du MAE ou de la DEE. Le critère

¹⁷⁵² Point 32 de l'arrêt *HP*. La question de la proportionnalité de la décision d'émission est néanmoins incluse dans la réflexion autour de la protection fournie dans le cadre du MAE mais aussi de la DEE, voir *infra*.

¹⁷⁵³ Point 33 de l'arrêt *HP*.

¹⁷⁵⁴ Point 34 de l'arrêt *HP*.

¹⁷⁵⁵ Point 35 de l'arrêt *HP*.

¹⁷⁵⁶ Point 35 de l'arrêt *HP*.

¹⁷⁵⁷ Point 38 de l'arrêt *HP*.

¹⁷⁵⁸ B. NICAUD, « CJUE : émission d'une décision d'enquête européenne et voies de recours », *Dalloz actualité*, 6 Décembre 2021.

¹⁷⁵⁹ Point 37 de l'arrêt *HP*.

¹⁷⁶⁰ Point 39 de l'arrêt *HP*.

de participation à l'administration de la justice ou celui de la compétence n'est cependant pas ou peu synonyme de protection de la part de l'autorité judiciaire. Cet aspect a été en partie résolu dans le cadre du MAE où la nature hybride du parquet a incité à affiner la notion d'autorité judiciaire par la création d'un nouveau critère de qualification relatif à l'indépendance et l'objectivité. Tel n'a pas été le cas concernant la DEE.

b) Une deuxième exigence variable d'indépendance : une qualité intrinsèque sous-estimée

Le critère de la participation à l'administration de la justice pénale appliqué à la notion d'autorité judiciaire du MAE et celui de la compétence nationale de l'autorité judiciaire listée de la DEE sont insuffisants pour garantir une protection satisfaisante des droits fondamentaux, notamment du droit à un procès équitable. Dans le but d'y remédier et de proposer une approche cohérente des notions, la CJUE aurait pu reconnaître une vraie exigence relative à l'indépendance des autorités judiciaires dans le cadre des instruments du MAE et de la DEE. Le degré d'indépendance exigé est pourtant au mieux limité et assez formel dans le cadre du MAE, et au pire inexistant dans celui de la DEE. Aucune des définitions retenues ne semble suffisante du point de vue de la garantie des droits fondamentaux.

Dans le cadre du MAE, l'autorité judiciaire d'émission « *doit être en mesure d'exercer cette fonction de façon objective, à charge et à décharge, et sans être exposée au risque que son pouvoir décisionnel fasse l'objet d'ordres ou d'instructions extérieurs, notamment de la part du pouvoir exécutif, de telle sorte qu'il n'existe aucun doute quant au fait que la décision d'émettre le mandat d'arrêt européen revienne à cette autorité et non pas, en définitive, audit pouvoir* »¹⁷⁶¹. Au regard des arrêts rendus et de l'actualité juridique, le développement suivant se focalisera sur la question de l'indépendance dans laquelle l'exigence d'objectivité semble s'être fondue¹⁷⁶². Cette exigence s'inscrit dans une tendance récente de contrôle des systèmes pénaux des Etats membres par la Cour de justice, par l'imposition de garanties procédurales favorables aux droits fondamentaux¹⁷⁶³. Ce second critère permet d'éventuellement renverser la présomption de qualification du parquet en tant qu'autorité judiciaire. Si la création de ce critère est alors *a priori* favorable à la protection concrète des droits fondamentaux et à une confiance mutuelle matérielle, les exigences concrètes d'indépendance posées relativisent cette affirmation.

¹⁷⁶¹ Voir notamment point 73 de l'arrêt *OG et PI* ; point 51 de l'arrêt *PF*. Rappel des deux critères cumulatifs au point 52 de l'arrêt *JR & YC*.

¹⁷⁶² A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3. voir détails *infra*.

¹⁷⁶³ C. MAYEUR-CARPENTIER, « Le mandat d'arrêt européen et l'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission », *Revue de l'Union européenne* n°635, 2020, pages 87 à 94.

La notion autonome d'autorité judiciaire étant plus largement entendue que la notion d'autorité juridictionnelle, l'exigence ainsi que le degré d'indépendance requis d'une autorité judiciaire potentiellement non-juridictionnelle ne peut résulter des dispositions de l'article 47 de la CDFUE¹⁷⁶⁴ ou de celles de l'article 19(1) TUE¹⁷⁶⁵ combinées à la jurisprudence de *LM*¹⁷⁶⁶ de la Cour¹⁷⁶⁷. Ces dispositions visent spécifiquement la figure du juge au sens strict¹⁷⁶⁸. La référence à l'article 6 de la CDFUE sera aussi réservée à la question de la protection juridictionnelle effective, non à celle judiciaire¹⁷⁶⁹. L'origine et la justification de ce nouveau critère semblent alors résulter du mécanisme du MAE lui-même¹⁷⁷⁰. La décision-cadre est fondée sur la présomption selon laquelle le contrôle judiciaire est un élément clef du mécanisme de reconnaissance mutuelle. La garantie des droits fondamentaux offerte à travers les qualités exigées et reconnues de l'autorité judiciaire, c'est-à-dire son indépendance, doivent bénéficier à l'efficacité du système de remise en plus de sa validité. La dépolitisation et la simplification de la remise sur le fondement de la confiance mutuelle et la technique de reconnaissance mutuelle s'appuie aussi sur la judiciarisation de la procédure. La confiance mutuelle et le contenu du contrôle judiciaire motivent alors l'exigence d'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission dans l'arrêt *OG et PI*¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶⁴ L'article 47 de la CDFUE dispose que : « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice* ».

¹⁷⁶⁵ Article 19(1) phrase n°2 du TUE : « *Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* ».

¹⁷⁶⁶ CJUE (grande chambre), 25 juillet 2018, *LM*. Affaire C-216/18 PPU.

¹⁷⁶⁷ M. BÖSE, « The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: *OG & PI, PF, JR & YC* », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1259 à 1282.

¹⁷⁶⁸ En ce sens, voir notamment point 24 des conclusions de l'avocat général M. Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 26 novembre 2019 dans les affaires jointes *JR C-566/19 PPU et YC C-626/19 PPU* : « *La Cour, bien qu'elle parte également de la prémisse que l'autorité d'émission d'un MAE doit être indépendante, a adopté une perspective différente qui, à mon avis, varie selon que l'on se réfère à l'arrêt *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)* ou aux arrêts *OG et PI (Parquets de Lübeck et de Zwickau)* et *PF (Procureur général de Lituanie)* ».*

¹⁷⁶⁹ Voir point 46 de l'arrêt *PF* ; point 68 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷⁷⁰ M. BÖSE, « The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: *OG & PI, PF, JR & YC* », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1259 à 1282.

¹⁷⁷¹ Voir notamment point 65 de l'arrêt *OG et PI*.

Le système du MAE comporte une protection judiciaire à deux niveaux des droits fondamentaux lors de l'émission¹⁷⁷². Au second niveau, le contrôle judiciaire implique en particulier que l'autorité judiciaire d'émission du MAE contrôle « *le respect des conditions nécessaires à cette émission et examine le point de savoir si, au regard des spécificités de chaque espèce, ladite émission revêt un caractère proportionné* »¹⁷⁷³. Pour mener à bien ce contrôle, l'autorité judiciaire d'émission doit être en mesure de l'exercer de façon objective et sans être exposée au risque que son pouvoir décisionnel fasse l'objet d'ordres ou d'instructions extérieurs¹⁷⁷⁴. Le contenu de ce contrôle judiciaire procure alors une certaine garantie des droits fondamentaux tout en étant adapté et spécifique à la procédure d'émission et au système du MAE¹⁷⁷⁵. Cette assurance d'indépendance dans l'exercice des fonctions inhérentes à l'émission d'un MAE doit être apportée à l'autorité judiciaire d'exécution afin d'assurer un haut degré de confiance¹⁷⁷⁶. Le respect des droits fondamentaux au travers de la notion d'« autorité judiciaire » constitue une forme de garantie en amont à la présomption de confiance mutuelle. Les principes de respect des droits fondamentaux et de confiance mutuelle devraient en ressortir renforcés, complétés, puisqu'ils connaissent une « *procéduralisation* »¹⁷⁷⁷ par ce second critère d'indépendance. Ce critère posera un enjeu d'adaptation aux Etats membres¹⁷⁷⁸.

La CJUE va malheureusement uniquement observer les garanties statutaires offertes par le droit national, notamment le statut conféré au parquet, afin d'observer son indépendance fonctionnelle¹⁷⁷⁹. Les « *garanties offertes par l'ordre juridique de l'État*

¹⁷⁷² Voir points 66 et 67 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷⁷³ Voir notamment point 71 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷⁷⁴ Voir notamment point 73 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷⁷⁵ Voir notamment point 72 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷⁷⁶ Voir notamment point 74 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷⁷⁷ C. RIZCALLAH, « La notion d'autorité judiciaire d'émission dans le cadre du mandat d'arrêt européen et la procéduralisation du principe de confiance mutuelle », *L'Observateur de Bruxelles*, n°119, janvier 2020, pages 36 à 39.

¹⁷⁷⁸ J. BURCHETT, « CJEU: European Arrest Warrants and independence of public prosecutors », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/06/cjeu-european-arrest-warrants-and.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

¹⁷⁷⁹ B. NICAUD, « Conformité au droit de l'Union de l'émission des mandats d'arrêt européens émis par le parquet français, CJUE 12 mars 2019, nos C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *AJ Pénal*, 2020, pages 125 à 128. ; L. BAUDRIHAYE-GÉRARD « Can Belgian, French and Swedish prosecutors issue European Arrest Warrants? The CJEU clarifies the requirement for independent public prosecutors », Fair Trials, EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/01/can-belgian-french-and-swedish.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

membre d'émission » relatives à l'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission¹⁷⁸⁰ doivent consister en « des règles statutaires et organisationnelles propres à garantir que l'autorité judiciaire d'émission ne soit pas exposée, dans le cadre de l'adoption d'une décision d'émettre un tel mandat d'arrêt, à un quelconque risque d'être soumise notamment à une instruction individuelle de la part du pouvoir exécutif »¹⁷⁸¹. L'affirmation d'une indépendance « suffisante » telle qu'envisagée par la CJUE est critiquable puisqu'elle va se limiter à l'absence statutaire d'instructions individuelles extérieures, directes ou indirectes, notamment de la part du pouvoir exécutif¹⁷⁸². Il s'agit d'une conception restrictive et réductrice de l'indépendance.

L'interdiction des instructions individuelles externes est à juste titre totale et doit être statutairement garantie. Ainsi, si les parquets allemands étaient effectivement tenus à l'objectivité et devaient enquêter à charge et à décharge¹⁷⁸³, il n'en demeurerait pas moins que le ministre de la Justice disposait d'un pouvoir d'instruction externe à l'égard de ces parquets conformément aux articles 146 et 147 du GVG¹⁷⁸⁴. L'encadrement du pouvoir d'instruction, même de telle sorte à ce que ces instructions soient extrêmement rares¹⁷⁸⁵, est insuffisant¹⁷⁸⁶. De même, il est sans pertinence qu'en pratique et en l'espèce, les parquets de Lübeck et de Zwickau ne se soient pas vu adresser d'instructions individuelles de la part des ministres de la Justice des Länder concernés¹⁷⁸⁷. Il est compréhensible de ne pas tenir compte de la pratique observée dans le cas individuel afin de « corriger » une difficulté institutionnelle et systémique. Une garantie circonstancielle reste limitée et exigerait de vérifier dans chaque cas s'il y a eu instruction ou non. Cela alourdirait excessivement la tâche de l'autorité judiciaire d'exécution et rendrait la coopération moins confiante. Tant que le pouvoir d'instruction confère une faculté même théorique ou limitée d'influencer la décision du parquet d'émettre ou de ne pas émettre un MAE, celui est problématique, en particulier s'il peut s'exercer au stade de

¹⁷⁸⁰ Voir notamment point 74 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷⁸¹ Voir notamment point 74 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷⁸² Voir notamment point 90 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷⁸³ Voir § 160(2) StPO.

¹⁷⁸⁴ Voir notamment point 76 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷⁸⁵ Voir notamment points 78 et 79 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷⁸⁶ Voir notamment point 80 de l'arrêt *OG et PI*, développement points 81 à 87 du même arrêt.

¹⁷⁸⁷ Voir notamment point 89 de l'arrêt *OG et PI*.

l'examen essentiel de la proportionnalité de l'émission d'un tel MAE¹⁷⁸⁸. Le pouvoir exécutif ne doit disposer d'aucun pouvoir d'instruction individuelle, quel qu'il soit, qui pourrait interférer dans la fonction décisionnelle de l'autorité judiciaire¹⁷⁸⁹. Le parquet allemand ne pouvait donc être qualifié d'autorité judiciaire d'émission au sens du DUE et n'était pas compétent pour émettre de MAE¹⁷⁹⁰.

Les affaires relatives au parquet français ont ensuite précisé, et par là, relativisé et restreint l'exigence d'indépendance et d'objectivité. La Cour de justice a retenu, contrairement à son avocat général¹⁷⁹¹, que le parquet français était suffisamment indépendant pour contrôler la nécessité et le caractère proportionné de l'émission d'un MAE et donc qualifiable d'autorité judiciaire d'émission¹⁷⁹². La Cour de justice opère une appréciation formelle¹⁷⁹³ et partielle¹⁷⁹⁴ de l'indépendance.

Elle retient que l'article 64 de la Constitution garantit l'indépendance de l'autorité judiciaire, composée des magistrats du siège et des magistrats du parquet¹⁷⁹⁵. Elle omet cependant de se référer à la formulation complète de l'article 64 de la Constitution qui veut que le *Président de la République* soit garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire¹⁷⁹⁶, ce qui aurait mérité plus amples explications. L'appui formel sur l'article 64 de la Constitution française est en totale opposition avec les conclusions de son avocat général qui estimait au contraire qu'il n'existait pas de garantie constitutionnelle

¹⁷⁸⁸ Voir notamment point 77 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁷⁸⁹ Nous faisons ici référence à la présomption de qualification des parquets nationaux en tant qu'autorité judiciaire en application du premier critère de participation à l'administration de la justice.

¹⁷⁹⁰ Voir notamment point 88 de l'arrêt *OG et PI*.

T. HERRAN, « La notion d'autorité judiciaire dans le mandat d'arrêt européen, Décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne gr. ch. 27-05-2019 n° C-82/19 (PPU) », *AJ Pénal*, 2019, page 453.

¹⁷⁹¹ Voir les points 32 à 56 des conclusions de l'Avocat général M. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 26 novembre 2019 dans les affaires jointes *JR C-566/19 PPU* et *YC C-626/19 PPU*.

¹⁷⁹² Voir point 55 de l'arrêt *JR & YC*.

¹⁷⁹³ L. BAUDRIHAYE-GÉRARD « Can Belgian, French and Swedish prosecutors issue European Arrest Warrants? The CJEU clarifies the requirement for independent public prosecutors », *Fair Trials, EU Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/01/can-belgian-french-and-swedish.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

¹⁷⁹⁴ B. NICAUD, « Conformité au droit de l'Union de l'émission des mandats d'arrêt européens émis par le parquet français, CJUE 12 mars 2019, nos C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *AJ Pénal*, 2020, pages 125 à 128.

¹⁷⁹⁵ Voir Conseil constitutionnel français, décision CC 2017-680 QPC du 8 décembre 2017.

¹⁷⁹⁶ Voir première phrase de l'article 64 de la Constitution française.

d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif¹⁷⁹⁷. Elle retient aussi que le ministère public exerce ses fonctions de manière objective, à l'abri de toute instruction individuelle émanant du pouvoir exécutif en vertu de l'article 30 du CPP¹⁷⁹⁸. La CJUE confond indépendance et objectivité, lorsqu'elle se réfère à l'article 30 CPP et à l'article 31 du CPP qui imposent que le ministère public exerce l'action publique et applique la loi dans le respect du principe d'impartialité¹⁷⁹⁹. La CJUE se limite à un contrôle partiel de l'indépendance statutaire¹⁸⁰⁰ et ne relève pas les pouvoirs disciplinaires du Ministre de la Justice¹⁸⁰¹. Au regard des débats doctrinaux sur l'indépendance du parquet français¹⁸⁰², la Cour de justice aurait dû justifier sa position bien davantage. En raison des controverses théoriques, une observation de la pratique institutionnelle aurait été indiquée afin de confirmer ou infirmer la garantie statutaire¹⁸⁰³. Il est critiquable de ne pas envisager la pratique en tant qu'éventuel élément « aggravant » en cas de doute. La CJUE n'observe de façon restrictive que le statut et sans se soucier de la pratique, que celle-ci atteste d'une indépendance de fait. Il s'agit d'un simple contrôle *in abstracto*¹⁸⁰⁴.

¹⁷⁹⁷ Voir point 48 des conclusions de l'avocat général M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 26 novembre 2019 dans les affaires jointes JR & YC, C-566/19 PPU et C-626/19 PPU.

¹⁷⁹⁸ Voir point 54 de l'arrêt JR & YC.

¹⁷⁹⁹ Voir point 54 de l'arrêt JR & YC.

¹⁸⁰⁰ Voir article 30 du CPP.

¹⁸⁰¹ B. NICAUD, « Conformité au droit de l'Union de l'émission des mandats d'arrêt européens émis par le parquet français, CJUE 12 mars 2019, nos C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *AJ Pénal*, 2020, pages 125 à 128.

¹⁸⁰² Voir B. NICAUD, « Conformité au droit de l'Union de l'émission des mandats d'arrêt européens émis par le parquet français, CJUE 12 mars 2019, nos C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *AJ Pénal*, 2020, pages 125 à 128 ; O. CAHN, « « A Christmas Carol » luxembourgeois : la CJUE consacre l'indépendance du parquet français. CJUE, 12 décembre 2019, C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *Revue du droit de l'Union européenne* n°1, 2020, pages 203 à 209.;

Par rapport à la jurisprudence de la CourEDH : Voir T. HERRAN, « La notion d'autorité judiciaire dans le mandat d'arrêt européen, Décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne gr. ch. 27-05-2019 n° C-82/19 (PPU) », *AJ Pénal*, 2019, page 453.

Sur le débat doctrinal national : voir notamment J. ROUX, « Le parquet au milieu du gué », *AJDA*, n° 9, 2018, page 509 ; P. CASSIA, « L'article 20 de la Constitution, Marqueur de la dépendance des magistrats du parquet ? », *Recueil Dalloz* n° 1, 2018, page 1 ; et E. BONIS-GARÇON, « L'indépendance des magistrats du parquet ou le difficile exercice d'équilibriste du Conseil constitutionnel », *Revue de Droit pénal*, 2018, n° 2, étude n°3. Références de l'article de V. MICHEL, « Indépendance et contrôle juridictionnel du parquet », *Europe* n° 2, Février 2020, commentaire n°51.

¹⁸⁰³ L. BAUDRIHAYE-GÉRARD « Can Belgian, French and Swedish prosecutors issue European Arrest Warrants? The CJEU clarifies the requirement for independent public prosecutors », Fair Trials, EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/01/can-belgian-french-and-swedish.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

¹⁸⁰⁴ O. CAHN, « « A Christmas Carol » luxembourgeois : la CJUE consacre l'indépendance du parquet français. CJUE, 12 décembre 2019, C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *Revue du droit de l'Union européenne* n°1, 2020, pages 203 à 209.

Ensuite, toute possibilité d'instruction n'est pas écartée. La Cour accepte que le Ministre de la Justice français puisse « *seulement* » adresser des instructions *générales* de politique pénale afin d'assurer une cohérence des actions sur l'ensemble du territoire¹⁸⁰⁵. La Cour se montre ici peu regardante quand elle estime que « *ces instructions générales ne sauraient en aucun cas avoir pour effet d'empêcher un magistrat du parquet d'exercer concrètement son pouvoir d'appréciation quant au caractère proportionné de l'émission d'un MAE* »¹⁸⁰⁶. Cette approche assez manichéenne, qui distingue strictement instructions individuelles et générales externes, n'est pourtant pas toujours pertinente. Comme l'a confirmé l'avocat général M. Manuel Campos Sanchez-Bordona, les instructions générales de politique pénale peuvent par exemple influencer concrètement des cas individuels lorsqu'elles imposent, par exemple, l'obligation de délivrer un MAE pour certaines infractions ou pour certaines catégories de délinquants¹⁸⁰⁷. Ces instructions augmentent statistiquement les chances de délivrance ou non d'un MAE¹⁸⁰⁸. La protection des droits fondamentaux, notamment en matière de privation de liberté, exigerait plutôt une protection totale contre les instructions contraignantes du pouvoir exécutif, tant générales qu'individuelles, et que celui qui décide de la liberté d'autrui le fasse en toute indépendance¹⁸⁰⁹. Une partie de la doctrine avance néanmoins la nécessité de compromis entre indépendance et responsabilité démocratique du parquet et voit en ces instructions générales un moyen d'assurer la légalité des procédures et le respect du principe de proportionnalité¹⁸¹⁰. Pourtant, comment assurer la juste intégration de ces instructions générales dans le contrôle de proportionnalité lors de l'émission du MAE ? Ni la Cour de justice, ni la doctrine ne semblent avoir répondu à la question.

¹⁸⁰⁵ Possibilité prévue en droit français à l'article 30 alinéa 2 du CCP.

¹⁸⁰⁶ Voir point 54 de l'arrêt *JR & YC* ; point 40 de l'arrêt *MN*.

¹⁸⁰⁷ Voir point 40 des conclusions de l'avocat général M. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 26 novembre 2019 dans les affaires jointes *JR C-566/19 PPU* et *YC C-626/19 PPU*.

¹⁸⁰⁸ M. BÖSE, « The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: *OG & PI, PF, JR & YC* », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1259 à 1282.

¹⁸⁰⁹ Voir point 41 des conclusions de l'avocat général M. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 26 novembre 2019 dans les affaires jointes *JR C-566/19 PPU* et *YC C-626/19 PPU*.

¹⁸¹⁰ M. BÖSE, « The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: *OG & PI, PF, JR & YC* », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1259 à 1282. ; D. REBUT, « Mandat d'arrêt européen - Le ministère public français et la notion d'autorité judiciaire d'émission du mandat d'arrêt européen. Beaucoup de bruit pour rien ? », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 1-2, note n°37, 13 Janvier 2020, pages 49 à 57. ; V. MICHEL, « Indépendance et contrôle juridictionnel du parquet », *Europe* n° 2, Février 2020, commentaire n°51. ; B. NICAUD, « Conformité au droit de l'Union de l'émission des mandats d'arrêt européens émis par le parquet français, CJUE 12 mars 2019, nos C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *AJ Pénal*, 2020, pages 125 à 128.

L'exigence d'indépendance posée par la CJUE ne prohibe pas non plus les « *instructions internes* » des « *supérieurs hiérarchiques, eux-mêmes magistrats du parquet* », sur la base du « *lien de subordination qui régit le fonctionnement du ministère public* »¹⁸¹¹. La CJUE écarte l'acceptation maximaliste de l'indépendance que voulait retenir son avocat général¹⁸¹² afin de permettre au ministère public de mener une politique interne cohérente de mise en œuvre du MAE et par exemple favoriser son efficacité par son usage proportionné ou prioritairement ciblé sur certaines infractions spécifiques. Les instructions internes individuelles sont donc autorisées, ce qui ne pose pas forcément problème en soi. Au niveau européen, cette position a même l'avantage de légitimer la structure interne hiérarchisée du nouveau Parquet européen¹⁸¹³, préservant ainsi sa future capacité d'action¹⁸¹⁴. La difficulté intervient en raison du maintien de la possibilité d'instructions individuelles internes alors qu'une subordination à un ministre de la Justice existe en raison de règles statutaires et organisationnelles de l'Etat membre¹⁸¹⁵. La combinaison des instructions générales externes d'un ministre de la Justice (et ses éventuels pouvoirs en matière disciplinaire) en tant que chef du Ministère public peut se répercuter sur les instructions individuelles internes des magistrats supérieurs hiérarchiques, eux-mêmes soumis à ce ministre. Il existe un risque d'individualisation des instructions générales. Elles peuvent être transformées en instructions individuelles internes ou précisées par des instructions individuelles externes, directes et officieuses¹⁸¹⁶.

Dans le cadre de la DEE, aucune exigence d'indépendance ne s'applique à l'autorité judiciaire. Le seul critère de qualification retenu au regard des autorités

¹⁸¹¹ Voir point 56 de l'arrêt *JR & YC*.

¹⁸¹² Voir point 44 des conclusions de l'avocat général M. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 26 novembre 2019 dans les affaires jointes *JR C-566/19 PPU* et *YC C-626/19 PPU*.

¹⁸¹³ Voir *infra* Partie II, Chapitre 2 de la présente thèse.

¹⁸¹⁴ O. CAHN, « « A Christmas Carol » luxembourgeois : la CJUE consacre l'indépendance du parquet français. CJUE, 12 décembre 2019, C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *Revue du droit de l'Union européenne* n°1, 2020, pages 203 à 209.

¹⁸¹⁵ Voir notamment point 42 de l'arrêt *MN*.

NB : il est intéressant de noter que la juridiction de renvoi était elle-même une juridiction française comme l'a relevé V. MICHEL dans V. MICHEL, « Indépendance et contrôle juridictionnel du parquet français », *Europe* n° 3, Mars 2020, commentaire n°94.

¹⁸¹⁶ Cette idée est retrouvée sous une autre forme chez B. NICAUD, « Conformité au droit de l'Union de l'émission des mandats d'arrêt européens émis par le parquet français, CJUE 12 mars 2019, n°s C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *AJ Pénal*, 2020, pages 125 à 128.

judiciaires énumérées¹⁸¹⁷, comme pour l'ensemble des autorités d'émission¹⁸¹⁸, reste celui de la compétence¹⁸¹⁹. La Cour retient laconiquement que « *ni le point i) ni le point ii) de cet article 2, sous c), ne subordonnent la qualification d'« autorité d'émission » ou d'« autorité judiciaire » du procureur (...) à l'absence de rapport de subordination légale de celui-ci à l'égard du pouvoir exécutif de l'État membre dont il relève* »¹⁸²⁰.

La CJUE s'appuie d'abord sur une interprétation littérale de la directive DEE afin de justifier la non-transposition de la jurisprudence relative à l'exigence d'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission du MAE¹⁸²¹. Cet argument ne semble pas convaincant puisque la définition textuelle de l'autorité judiciaire d'émission et d'exécution du MAE ne posait pas pas non plus une telle exigence. La CJUE affirme ensuite que la DEE serait moins attentatoire aux droits fondamentaux, notamment le droit à la liberté, afin de confirmer sa solution¹⁸²². En raison des objets distincts entre le MAE (l'arrestation et la remise d'une personne¹⁸²³) et la DEE (l'obtention de preuves¹⁸²⁴), la Cour justifie une protection moins importante, en particulier dans le cadre de la définition de la notion d'autorité judiciaire. Elle aurait cependant très bien pu arriver à la solution inverse sur la base de ces mêmes éléments. La CJUE reconnaît elle-même que la moindre gravité de la DEE n'est pas toujours vérifiée. Tel n'est pas le cas lorsqu'une DEE vise par exemple le transfert d'une personne détenue¹⁸²⁵. En outre, le but ultime des deux instruments de la DEE et du MAE est *in fine* semblable : la poursuite d'une personne et son éventuelle condamnation. Enfin, le contrôle de proportionnalité et des conditions d'émission par l'autorité judiciaire d'émission de la DEE, qui servait à justifier l'exigence d'indépendance dans le cadre du MAE, sert cette fois à l'écarter¹⁸²⁶. Le principe de confiance mutuelle et la logique de la reconnaissance mutuelle ne sont pas réellement mis en avant¹⁸²⁷.

¹⁸¹⁷ Voir point 52 de l'arrêt *A et a.*

¹⁸¹⁸ Voir point 51 de l'arrêt *A et a.*

¹⁸¹⁹ Voir *supra*.

¹⁸²⁰ Voir point 54 de l'arrêt *A et a.*

¹⁸²¹ Voir point 74 de l'arrêt *A et a.*

¹⁸²² Voir point 73 de l'arrêt *A et a.*

¹⁸²³ Voir point 72 de l'arrêt *A et a.*

¹⁸²⁴ Voir points 70, 71 et 72 de l'arrêt *A et a.*

¹⁸²⁵ Voir point 73 de l'arrêt *A et a.*

¹⁸²⁶ Voir point 57 de l'arrêt *A et a.*

¹⁸²⁷ Voir point 64 de l'arrêt *A et a.*

À ce stade rien ne démarque du point de vue de leurs qualités intrinsèques l'autorité *judiciaire* d'émission de la simple autorité d'émission *non-judiciaire* de la DEE. La notion d'autorité judiciaire n'apporte *a priori* aucune garantie supplémentaire concernant la protection des droits fondamentaux. Ces autorités judiciaires d'émission¹⁸²⁸ ont pourtant au moins le rôle particulier de valider la DEE lorsque cette décision a été émise par une autorité d'émission non-judiciaire avant la transmission à l'autorité d'exécution¹⁸²⁹. L'autorité judiciaire est au moins co-auteurice de la décision de délivrance de la DEE. Il devrait donc en principe avoir une plus-value à son intervention. Cela aurait pu et dû être le cas à travers l'imposition d'un second critère cumulatif d'indépendance, au moins équivalent ou identique à celui posé dans le cadre du MAE. Si les autorités judiciaires sont explicitement et limitativement prévues, la Cour de justice aurait tout-à-fait pu préciser les exigences entourant spécifiquement chacune de ces autorités judiciaires en raison du fait que leur intervention est une prémisse à la reconnaissance mutuelle et à un haut degré de confiance mutuelle. Elle aurait pu définir de façon autonome la notion de parquet, comme elle l'a par exemple fait pour la notion de juridiction¹⁸³⁰, ou bien intégrer une exigence supplémentaire d'indépendance plus générale mais spécifique à la qualification d'autorité judiciaire d'émission de la DEE.

Ce manque de cohérence va probablement être préjudiciable à la coopération judiciaire pénale. En effet, relève des notions d'« autorité judiciaire » et d'« autorité d'émission » « *le procureur d'un État membre ou, plus généralement, le parquet d'un État membre, indépendamment du rapport de subordination légale qui pourrait exister entre ce procureur ou ce parquet et le pouvoir exécutif* » et notamment « *de l'exposition dudit procureur ou dudit parquet au risque d'être soumis, directement ou indirectement, à des ordres ou à des instructions individuels de la part de ce pouvoir dans le cadre de l'adoption d'une décision d'enquête européenne* »¹⁸³¹. Il est donc possible que l'autorité judiciaire d'émission de la DEE, notamment le parquet, soit soumise à des instructions individuelles ou générales externes, directes ou indirectes, de la part du pouvoir exécutif.

¹⁸²⁸ Voir point 53 de l'arrêt *A et a*.

¹⁸²⁹ L'article 2 sous c) ii) deuxième phrase de la directive DEE dispose que : « *En outre, avant d'être transmise à l'autorité d'exécution, la décision d'enquête européenne est validée, après examen de sa conformité aux conditions d'émission prévues par la présente directive, en particulier les conditions prévues à l'article 6, paragraphe 1, par un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur dans l'État d'émission* ».

¹⁸³⁰ Sur la notion de juridiction voir notamment R. FOU CART « Nouveaux enseignements jurisprudentiels sur la notion de juridiction en droit de l'Union européenne », *European Papers, European Forum*, Vol. 1 N°1, 2016, 16 avril 2016, pages 213 à 218.

¹⁸³¹ Voir point 75 de l'arrêt *A et a*.

Le parquet français mais aussi le parquet allemand seraient alors considérés comme une autorité judiciaire dans le cadre de l'émission d'une DEE et pourraient l'émettre¹⁸³² ou la valider¹⁸³³. Dans une même affaire, un parquet allemand pourrait paradoxalement être l'autorité judiciaire d'émission d'une DEE mais pas d'un MAE alors que l'utilisation des deux instruments viseraient une même personne. L'utilisation conjointe et simultanée des instruments de la DEE et du MAE sera complexifiée par leur soumission à des notions et donc à régimes et pratiques de protection différents¹⁸³⁴. Du point de vue de la garantie des droits fondamentaux, en particulier du droit à un procès équitable, les Etats membres ont une plus grande marge de manœuvre quant à la désignation des autorités judiciaires compétentes pour émettre une DEE que dans le cadre du MAE.

Le seul élément de protection¹⁸³⁵ lié à une forme d'exigence d'indépendance provient éventuellement du domaine spécifique dans lequel intervient la mesure demandée, et non du système de protection de la DEE. Tel a par exemple été le cas en matière de traitement des données à caractère personnel dans l'arrêt *HP*¹⁸³⁶. Ainsi, la directive 2002/58 s'opposait à une réglementation nationale donnant compétence au ministère public, dont la mission est de diriger la procédure d'instruction pénale et d'exercer, le cas échéant, l'action publique lors d'une procédure ultérieure, pour autoriser l'accès d'une autorité publique aux données relatives au trafic et aux données de localisation aux fins d'une instruction pénale¹⁸³⁷. Il convenait d'en déduire qu'une DEE visant l'obtention de données relatives au trafic et de données de localisation liées aux télécommunications ne saurait être émise par un procureur lorsque celui-ci dirige la procédure d'instruction pénale mais exerce également l'action publique dans le cadre d'une procédure pénale ultérieure¹⁸³⁸. Partant, il faudra faire appel au juge national pour

¹⁸³² Voir article 2 sous c) i) de la directive DEE.

¹⁸³³ Voir article 2 sous c) ii) de la directive DEE.

¹⁸³⁴ Sur le régime de protection judiciaire lié à la notion d'autorité judiciaire voir *infra*.

¹⁸³⁵ La seule mention des droits fondamentaux et de la CDFUE est au point 42 de l'arrêt *HP*.

¹⁸³⁶ Élément également relevé dans L. IDOT, « Décision d'enquête européenne », *Europe* n°4, février 2022, commentaire n°45. Selon l'autre, il s'agit d'une limite sérieuse portée à l'arrêt « *Ordres de virement* » (A e.a) dans lequel il avait été admis que des parquets pouvaient émettre des DEE.

¹⁸³⁷ Voir point 42 de l'arrêt *HP*.

¹⁸³⁸ Voir point 43 de l'arrêt *HP*.

émettre une DEE visant à obtenir ce type de preuve¹⁸³⁹. Cette solution laisse présager les complexifications « intra-notion » susceptibles d'intervenir. Le parquet sera le plus souvent accepté en tant qu'autorité judiciaire d'émission mais pourra exceptionnellement être écarté de cette qualification malgré sa compétence éventuelle. Le caractère exceptionnel de cette exclusion pourrait devenir plus ou moins relatif et certains auteurs voient déjà dans l'arrêt HP une limite sérieuse posée à la portée de l'arrêt *A et a.* qui admet en principe l'émission de DEE par les parquets¹⁸⁴⁰. Les « bénéfiques » tirés de l'absence d'exigence et de critère d'indépendance concernant la qualification de l'autorité judiciaire de la DEE semblent donc assez nuls.

En conclusion, aucune des définitions retenues ne semble tout-à-fait suffisante du point de vue de la garantie des droits fondamentaux. Au regard de la diversité des notions d'autorité judiciaire dans le cadre du MAE et de la DEE ainsi que des critères de qualification posés, la tendance serait aussi celle d'une forme de spécialisation des garanties des instruments de reconnaissance mutuelle observés. Elle questionne l'harmonisation des procédures de coopération à l'échelle européenne¹⁸⁴¹.

Les notions d'autorités judiciaires retenues s'inscriront ensuite à chaque fois, en positif ou négatif, dans un système de protection globale particulier.

¹⁸³⁹ B. NICAUD, « CJUE : notion d'autorité d'émission d'une décision d'enquête européenne », *Dalloz actualité*, 20 janvier 2022.

¹⁸⁴⁰ L. IDOT, « Décision d'enquête européenne », *Europe* n°4, février 2022, commentaire n°45.

¹⁸⁴¹ Pour un prolongement de la réflexion vis-à-vis de la possibilité de poser une question préjudicielle voir B. NICAUD, « Décisions visant à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision d'enquête européenne : absence de caractère juridictionnel », *Dalloz actualité*, 17 septembre 2021.

2) L'inscription ambiguë de la notion d'autorité judiciaire dans les systèmes de protection du MAE et de la DEE : l'absence de cohésion générale

Après avoir observé isolément l'acteur « *autorité judiciaire* », il convient d'observer ses interactions avec le système de protection du MAE et de la DEE lorsqu'il prend une « *décision judiciaire* ». En effet, « *(s)ous leur technicité apparente, ces questions dissimulent un enjeu essentiel pour l'avenir des instruments de reconnaissance mutuelle et, partant, pour la construction de l'espace judiciaire européen, qui tient à la définition des garanties mises en place pour assurer le respect des droits fondamentaux* »¹⁸⁴².

Malgré son contenu variable, la notion d'autorité judiciaire du MAE et de la DEE est pourtant intégrée dans le système globale de protection spécifique à chaque instrument sans recherche de cohérence générale de la coopération judiciaire pénale¹⁸⁴³. La « *procéduralisation* »¹⁸⁴⁴ du principe de confiance mutuelle et des garanties des droits fondamentaux n'est pas totalement convaincante.

L'intervention de l'autorité judiciaire d'émission conditionne la validité du MAE ou la DEE mais le niveau de protection « *judiciaire* » apporté n'est pas le même en raison des qualités intrinsèques de cette autorité et influence l'organisation du système *judiciaire* de protection **(a)**. Dans le cadre du MAE, la responsabilité finale de l'autorité judiciaire quant à la décision d'émettre ou d'exécuter un MAE est justifiée par la protection judiciaire qu'elle procure. La Cour établit ainsi une nouvelle forme de standard¹⁸⁴⁵ et consolide l'existence de règles communes en matière de remise¹⁸⁴⁶. L'intervention de l'autorité judiciaire d'émission est un réel préalable à la présomption de confiance mutuelle et à la reconnaissance mutuelle. À l'inverse, la moindre garantie offerte par l'autorité judiciaire d'émission de la DEE semble devoir être compensée par le reste de la procédure d'émission et d'exécution de la DEE. L'intégration de la notion d'autorité judiciaire

¹⁸⁴² Voir point 4 des conclusions de l'avocat général M. Y. BOT présentées le 2 mars 2016 dans l'affaire C-241/15 *Bob-Dogi*.

¹⁸⁴³ A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

¹⁸⁴⁴ C. RIZCALLAH, « La notion d'autorité judiciaire d'émission dans le cadre du mandat d'arrêt européen et la procéduralisation du principe de confiance mutuelle », *L'Observateur de Bruxelles*, n°119, janvier 2020, pages 36 à 39.

¹⁸⁴⁵ C. MAYEUR-CARPENTIER, « Le mandat d'arrêt européen et l'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission », *Revue de l'Union européenne* n°635, 2020, pages 87 à 94.

¹⁸⁴⁶ C. MAYEUR-CARPENTIER, « Le mandat d'arrêt européen et l'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission », *Revue de l'Union européenne* n°635, 2020, pages 87 à 94.

d'émission dans le système de protection de la DEE résulte du besoin de démontrer que ce système pallie l'absence de qualité intrinsèque de l'autorité judiciaire. On s'éloigne de la logique de la reconnaissance mutuelle et de la présomption de confiance mutuelle. La confiance mutuelle semble beaucoup plus relative et soumise à un contrôle plus important.

La protection judiciaire a tout de même ses limites et l'intervention d'une autorité *juridictionnelle* reste nécessaire afin de respecter les exigences inhérentes à la protection juridictionnelle effective. Cette protection du juge au sens strict est néanmoins modulée par la protection judiciaire, notamment au stade de l'émission du MAE et de la DEE **(b)**. La jurisprudence de la CJUE conduit à créer un système global de protection particulier au MAE, où la protection juridictionnelle peut être retardée et prendre différentes formes, accordant une souplesse favorable à l'exécution du MAE. Dans le cadre de la DEE, la CJUE se sert de la protection juridictionnelle effective en soutien à la protection judiciaire défaillante. La protection juridictionnelle apparaît comme un autre garde-fou du système global de protection des DEE qui doit en quelque sorte compenser la notion peu exigeante d'autorité judiciaire. Cela conduit éventuellement au développement de cette protection juridictionnelle.

a) Une valeur inégale de la décision « judiciaire » dans la cadre du MAE et de la DEE

Dans le cadre du MAE, les effets de la présomption de confiance mutuelle¹⁸⁴⁷ et de la reconnaissance mutuelle¹⁸⁴⁸ - notamment l'obligation de principe d'exécuter le MAE¹⁸⁴⁹ et la limitation du contrôle de l'autorité judiciaire d'exécution à un contrôle « *suffisant* »¹⁸⁵⁰ - nécessitent que toute la procédure de remise soit exercée sous contrôle judiciaire, « *de telle sorte que les décisions relatives au MAE bénéficient de toutes les garanties propres à ce type de décisions* »¹⁸⁵¹. La protection judiciaire est un élément centrale au sein du système de protection du MAE¹⁸⁵². Bien qu'imparfaite¹⁸⁵³, la protection judiciaire mise en place devrait *a priori* permettre d'encadrer l'ensemble de la procédure de remise afin de poser les bases nécessaires au principe de la confiance mutuelle. Elle est une condition de validité du MAE et un préalable à la reconnaissance mutuelle¹⁸⁵⁴.

Lors de l'émission du MAE, ce préalable consiste en « *une protection (judiciaire) à deux niveaux des droits en matière de procédure et des droits fondamentaux dont doit bénéficier la personne recherchée* »¹⁸⁵⁵. Lors de la procédure d'exécution du MAE, il n'existe en comparaison qu'un seul niveau de protection qui répond aux mêmes exigences que le deuxième niveau de protection de la procédure d'émission du MAE¹⁸⁵⁶. La décision d'exécution d'un MAE est une décision judiciaire, c'est-à-dire prise par une autorité judiciaire¹⁸⁵⁷. C'est une condition de validité de la décision d'exécution du MAE, qu'il s'agisse du MAE originel ou complémentaire¹⁸⁵⁸. Le pouvoir décisionnel et de

¹⁸⁴⁷ Voir notamment point 24 de l'arrêt *Özçelik*.

¹⁸⁴⁸ Voir notamment point 25 de l'arrêt *Özçelik*.

¹⁸⁴⁹ Voir notamment point 25 de l'arrêt *Özçelik*.

¹⁸⁵⁰ Voir notamment point 26 de l'arrêt *Özçelik* ; point 45 de l'arrêt *Poltorak*.

¹⁸⁵¹ Voir notamment point 39 de l'arrêt *Poltorak* pour le MAE.

¹⁸⁵² Voir notamment point 39 de l'arrêt *Poltorak* pour le MAE.

¹⁸⁵³ C'est-à-dire malgré le questionnement autour de la définition de la notion d'autorité judiciaire.

¹⁸⁵⁴ Voir point 37 de l'arrêt *XD*.

¹⁸⁵⁵ Voir point 56 de l'arrêt *Bob-Dogi* ; confirmation tout au long de sa jurisprudence : voir notamment point 67 de l'arrêt *OG et PI* ; point 45 de l'arrêt *PF* ; point 34 de l'arrêt *NJ* ; point 38 de l'arrêt *XD* ; point 29 de l'arrêt *ZB* ; point 59 de l'arrêt *OG et PI* ; point 43 de l'arrêt *MN* ; point 42 de l'arrêt *PI*.

¹⁸⁵⁶ Voir point 53 de l'arrêt *AZ*.

¹⁸⁵⁷ Voir point 39 de l'arrêt *AZ*.

¹⁸⁵⁸ Voir point 64 de l'arrêt *AZ*.

Résumé de la décision chez V. MICHEL, « Qualification du procureur et autorité judiciaire d'exécution », *Europe* n° 1, Janvier 2021, commentaire n°16.

contrôle judiciaire concrétisent le respect des droits fondamentaux et la confiance mutuelle en plus d'assurer l'efficacité du MAE. En ce sens, il s'ajoute à la jurisprudence des circonstances exceptionnelles¹⁸⁵⁹. Le présent développement se concentrera sur l'émission du MAE puisque c'est lors de cette phase que les principaux questionnements se sont posés.

Au premier niveau de protection judiciaire, « *lesdits principes (de confiance mutuelle et de reconnaissance mutuelle)*¹⁸⁶⁰ reposent sur la prémisse selon laquelle le mandat d'arrêt européen concerné a été émis en conformité avec les exigences minimales dont dépend sa validité, au nombre desquelles figure celle prévue à l'article 8, paragraphe 1, sous c), de la décision-cadre »¹⁸⁶¹. Selon cet article, le MAE doit contenir des informations relatives à l'existence d'un « *jugement exécutoire, d'un mandat d'arrêt ou de toute autre décision judiciaire exécutoire ayant la même force* » (ci-après « mandat d'arrêt national » ou « MAN »).

Il en découle que le premier niveau de protection est constitué par un mandat d'arrêt national ou son équivalent, c'est-dire une décision *judiciaire* nationale distincte et préalable¹⁸⁶² sur laquelle se greffe le MAE¹⁸⁶³. Outre les arguments relatifs au sens et à l'utilité propre de l'article 8, paragraphe 1, sous c)¹⁸⁶⁴, au contexte¹⁸⁶⁵ et aux objectifs liés à la confiance et la reconnaissance mutuelles¹⁸⁶⁶, le respect de l'exigence prescrite revêt une importance particulière en tant que première exigence de procédure visant à sauvegarder les droits procéduraux des personnes recherchées¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁵⁹ C. RIZCALLAH, « La notion d'autorité judiciaire d'émission dans le cadre du mandat d'arrêt européen et la procéduralisation du principe de confiance mutuelle », *L'Observateur de Bruxelles*, n°119, janvier 2020, pages 36 à 39.

¹⁸⁶⁰ Voir point 52 de l'arrêt *Bob-Dogi*.

¹⁸⁶¹ Voir point 53 de l'arrêt *Bob-Dogi*.

¹⁸⁶² Voir notamment point 58 de l'arrêt *Bob-Dogi*.

¹⁸⁶³ Voir notamment point 46 de l'arrêt *Bob-Dogi*.

¹⁸⁶⁴ Voir points 42 à 48 de l'arrêt *Bob-Dogi*.

¹⁸⁶⁵ Voir points 49 à 51 de l'arrêt *Bob-Dogi*.

¹⁸⁶⁶ Voir points 52 à 54 de l'arrêt *Bob-Dogi*.

¹⁸⁶⁷ Voir notamment point 55 de l'arrêt *Bob-Dogi*.

Voir C. RIZCALLAH, « La notion d'autorité judiciaire d'émission dans le cadre du mandat d'arrêt européen et la procéduralisation du principe de confiance mutuelle », *L'Observateur de Bruxelles*, n°119, janvier 2020, pages 36 à 39.

En effet, il s'agit d'un acte national qui produit des effets juridiques équivalents à un ordre de recherche et d'arrestation de la personne faisant l'objet de poursuites pénales. Ce sont des actes destinés à permettre l'arrestation de cette personne par mesure de contrainte judiciaire dans le but de la présenter devant un juge, aux fins de l'accomplissement des actes de la procédure pénale¹⁸⁶⁸. Cette prise de décision qui porte donc atteinte au droit à la liberté doit être encadrée de garanties.

La décision d'émettre un MAN constitue une première protection des droits de la personne¹⁸⁶⁹ parce qu'elle est prise par une autorité *judiciaire*¹⁸⁷⁰. L'autorité judiciaire dont il est question renvoie *a priori* à la même notion autonome d'« autorité judiciaire d'émission » que celle relative à l'émission du MAE *stricto sensu*¹⁸⁷¹. La constance des qualités et de la fonction protectrice de cette autorité est un atout pour la création d'un système de protection judiciaire le plus complet possible. Il convient cependant de noter que, contrairement à son avocat général¹⁸⁷², la Cour de justice n'a pas explicitement fait référence à l'exigence d'indépendance dans sa jurisprudence *Özçelik*¹⁸⁷³. Certes, l'arrêt intervient avant les affaires *OG* et *Pi*, où elle a imposé ce critère mais la Cour de justice aurait pu prendre les devants ou bien revenir sur le sujet par la suite, ce qui semble-t-il n'a pas été le cas¹⁸⁷⁴. Malgré tout, la Cour de justice met en lien la nature « judiciaire » de la décision avec la « qualité » judiciaire de l'autorité¹⁸⁷⁵ et en déduit une fonction protectrice de l'autorité judiciaire. Ce premier niveau de protection judiciaire n'existe pas au niveau de la procédure d'exécution du MAE¹⁸⁷⁶ puisque la décision judiciaire de l'Etat membre d'émission la « remplace » en vertu de la technique de la reconnaissance mutuelle. Il est d'autant plus important de respecter les exigences posées en amont.

¹⁸⁶⁸ Voir point 53 de l'arrêt *MM*.

¹⁸⁶⁹ Voir notamment point 55 de l'arrêt CJUE (deuxième chambre), 1er juin 2016, *Bob-Dogi*. Affaire C-241/15.

¹⁸⁷⁰ Voir notamment points 31 et 32 de l'arrêt CJUE (quatrième chambre), 10 novembre 2016, *Halil Ibrahim Özçelik*. Affaire C-453/16 PPU.

¹⁸⁷¹ Voir point 33 de l'arrêt CJUE (quatrième chambre), 10 novembre 2016, *Halil Ibrahim Özçelik*. Affaire C-453/16 PPU. Plus particulièrement, voir transposition du critère de participation à l'administration de la justice pénale nationale point 32 de l'arrêt.

¹⁸⁷² Voir point 57 des conclusions de l'avocat général M. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 19 octobre 2016 dans l'affaire C-453/16 PPU, *Özçelik*.

¹⁸⁷³ Voir point 33 de l'arrêt *Özçelik*.

¹⁸⁷⁴ Voir notamment arrêt CJUE (première chambre), 10 mars 2021, *Pi*. Affaire C-648/20 PPU.

¹⁸⁷⁵ Voir notamment points 31 et 32 de l'arrêt *Özçelik*.

¹⁸⁷⁶ Voir point 53 de l'arrêt *AZ*.

Cette première protection judiciaire dans le cadre purement interne de la procédure nationale¹⁸⁷⁷ conditionne la validité du MAE et le bénéfice des effets du principe de confiance mutuelle et de la technique de reconnaissance mutuelle. Il s'agit d'une exigence de régularité du MAE¹⁸⁷⁸ de telle sorte que sa méconnaissance doit conduire l'autorité judiciaire d'exécution à ne pas y donner suite¹⁸⁷⁹. Se placer sur le terrain de la condition préalable et de la validité plutôt que sur le terrain de l'exception et du contrôle *a posteriori* est intéressant à plusieurs égards. Il est d'abord possible de ne pas remettre en cause l'obligation de principe d'exécution du MAE (valide) et l'exhaustivité des motifs de refus d'exécution du MAE¹⁸⁸⁰ tout en posant de nouvelles garanties procédurales¹⁸⁸¹. Plus généralement, cela ne remet pas directement en cause la technique de reconnaissance mutuelle ou le principe de confiance mutuelle qui interviennent après la question de la validité du MAE, c'est-à-dire après avoir respecté la prémisse selon laquelle le MAE repose sur un « *mandat d'arrêt national ou sur une décision judiciaire exécutoire ayant la même force, adoptés conformément aux règles de procédure pénale applicables dans l'État membre concerné* »¹⁸⁸².

Cette protection est ensuite un compromis entre effectivité et respect des droits fondamentaux en tant que « *garantie minimale* » sans laquelle « *le système simplifié de remise susciterait la défiance réciproque* »¹⁸⁸³. Il s'agit d'un nouvel élément du contrôle « *suffisant* » de l'autorité d'exécution du MAE. La protection judiciaire des droits fondamentaux constitue bien un enjeu de confiance mutuelle formelle et matérielle même si elle s'avère moins importante que celle envisagée par l'avocat général¹⁸⁸⁴. Feu l'avocat général Y. BOT proposait d'aller au-delà de la garantie judiciaire et de faire reposer le MAE sur « *une décision judiciaire nationale garantissant l'intervention d'un juge*

¹⁸⁷⁷ Voir notamment point 56 de l'arrêt *Bob-Dogi*.

¹⁸⁷⁸ Voir point 63 de l'arrêt *Bob-Dogi*.

¹⁸⁷⁹ Voir point 64 de l'arrêt *Bob-Dogi*.

¹⁸⁸⁰ Voir points 60, 61 et 62 de l'arrêt *Bob-Dogi*.

¹⁸⁸¹ Voir point 55 des conclusions de l'avocat général M. Y. BOT présentées le 2 mars 2016 dans l'Affaire C-241/15 *Bob-Dogi*.

¹⁸⁸² Voir point 60 des conclusions de l'avocat général M. Y. BOT présentées le 2 mars 2016 dans l'Affaire C-241/15 *Bob-Dogi*.

¹⁸⁸³ Voir point 61 des conclusions de l'avocat général M. Y. BOT présentées le 2 mars 2016 dans l'Affaire C-241/15 *Bob-Dogi*.

¹⁸⁸⁴ Voir point 63 des conclusions de l'avocat général M. Y. BOT présentées le 2 mars 2016 dans l'Affaire C-241/15 *Bob-Dogi*.

indépendant et impartial »¹⁸⁸⁵. Le juge n'interviendra cependant que de façon plus réduite, en raison de la protection judiciaire¹⁸⁸⁶.

Au premier niveau de protection judiciaire s'ajoute « *celle devant être assurée au second niveau, lors de l'émission du mandat d'arrêt européen* » au sens stricte¹⁸⁸⁷. Seuls les MAE au sens de l'article 1(1) de la décision-cadre doivent être exécutés conformément aux dispositions de celle-ci ¹⁸⁸⁸. Il ressort de cet article que le MAE constitue également une « *décision judiciaire* », ce qui requiert qu'il soit émis par une « *autorité judiciaire* », au sens de l'article 6(1) de celle-ci¹⁸⁸⁹. Le MAE connaît donc une deuxième condition de validité *cumulative* et ne bénéficie de l'obligation de principe d'exécution du MAE¹⁸⁹⁰ et de la procédure simplifiée de remise en vertu de la confiance et de la reconnaissance mutuelles que s'il existe une deuxième décision judiciaire, relative à l'émission du MAE lui-même.

La décision judiciaire d'émission du MAE est une décision prise par une autorité judiciaire au sens de la notion autonome du droit de l'Union posée dans les arrêts *OG* et *PI* et *PF*¹⁸⁹¹. La Cour de justice insiste à nouveau particulièrement sur le lien entre la nature « *judiciaire* » de la décision de délivrance du MAE avec la protection des droits fondamentaux. La nature judiciaire de la décision dépend de la qualité d' « *autorité judiciaire* » de son auteur. L'autorité judiciaire assure une fonction protectrice en raison des critères de qualification retenus à son égard, dont son indépendance¹⁸⁹². Elle prolonge ainsi la dynamique de procéduralisation de la sauvegarde des droits fondamentaux¹⁸⁹³. Le concept d'autorité judiciaire dans le cadre du MAE lie les aspects

¹⁸⁸⁵ Voir point 62 des conclusions de l'avocat général M. Y. BOT présentées le 2 mars 2016 dans l'Affaire C-241/15 *Bob-Dogi*.

¹⁸⁸⁶ Voir *infra*.

¹⁸⁸⁷ Voir notamment point 67 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁸⁸⁸ Voir notamment point 28 de l'arrêt *Poltorak* ; point 29 de l'arrêt *Kovalkovas*.

¹⁸⁸⁹ Voir notamment point 28 de l'arrêt *Poltorak* ; point 29 de l'arrêt *Kovalkovas*.

¹⁸⁹⁰ Explicitée à l'article 1(2) DC MAE.

¹⁸⁹¹ M. BÖSE, « The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: *OG & PI, PF, JR & YC* », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1259 à 1282.

¹⁸⁹² Voir points 71, 72 et 73 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁸⁹³ C. RIZCALLAH, « La notion d'autorité judiciaire d'émission dans le cadre du mandat d'arrêt européen et la procéduralisation du principe de confiance mutuelle », *L'Observateur de Bruxelles*, n°119, janvier 2020, pages 36 à 39.

institutionnels aux garanties procédurales¹⁸⁹⁴. Ce second niveau de protection est spécifique à la décision d'émission du MAE¹⁸⁹⁵. La protection judiciaire des droits fondamentaux de l'Union européenne est constituée par le contrôle du respect des conditions nécessaires à l'émission du MAE et à l'examen du caractère proportionné de cette émission¹⁸⁹⁶. Il s'agit d'une seconde condition de *validité* du MAE située au niveau de la procédure européenne. Le contrôle de l'autorité judiciaire et sa responsabilité finale dans la prise de décision à ce stade justifie la limitation du contrôle lors de l'exécution du MAE¹⁸⁹⁷. Le contrôle de l'autorité judiciaire d'émission du MAE fait de l'autorité judiciaire une autorité incontournable, une autorité « *pivot* »¹⁸⁹⁸.

La CJUE n'a malheureusement pas toujours clairement tranché quel était l'auteur final de la décision d'émission du MAE. Dans l'arrêt *NJ*¹⁸⁹⁹, la Cour a par exemple constaté que les tribunaux chargés de l'*homologation* des MAE répondaient à l'exigence d'objectivité et d'indépendance¹⁹⁰⁰, mais pas les parquets¹⁹⁰¹ qui les établissaient, sans déterminer qui des deux était l'autorité véritablement décisionnaire. Elle s'est contentée d'observer le système atypique autrichien dans son ensemble¹⁹⁰² pour valider l'émission du MAE¹⁹⁰³. L'émission d'un MAE était ainsi soumise dans son intégralité à un contrôle objectif et indépendant de la part d'un tribunal qui exerce à cet égard un contrôle complet portant sur les conditions d'émission de ce mandat d'arrêt ainsi que sur sa proportionnalité et qui se distingue d'un simple recours¹⁹⁰⁴. L'appréciation globale conduit

¹⁸⁹⁴ M. BÖSE, « The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: *OG & PI, PF, JR & YC* », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1259 à 1282.

¹⁸⁹⁵ Voir point 37 de l'arrêt *Kovalkovas* ; même norme de référence au point 70 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁸⁹⁶ Voir point 71 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁸⁹⁷ Voir notamment point 45 de l'arrêt *Poltorak* concernant le MAE.

¹⁸⁹⁸ V. MICHEL, « Autorité judiciaire d'émission », *Europe* n° 7, Juillet 2019, commentaire n°267.

¹⁸⁹⁹ CJUE (deuxième chambre), 9 octobre 2019, *NJ*. Affaire C-489/19 PPU.

¹⁹⁰⁰ Voir point 39 de l'arrêt *NJ*.

¹⁹⁰¹ Voir points 39 et 40 de l'arrêt *NJ*.

¹⁹⁰² Voir formulation point 41 de l'arrêt *NJ*.

F. GAZIN, « Autorité judiciaire d'émission », *Europe* n° 12, Décembre 2019, commentaire n°485.

¹⁹⁰³ Voir points 43, 44 et 45 de l'arrêt *NJ*.

C. RIZCALLAH, « La notion d'autorité judiciaire d'émission dans le cadre du mandat d'arrêt européen et la procéduralisation du principe de confiance mutuelle », *L'Observateur de Bruxelles*, n°119, janvier 2020, pages 36 à 39. ; B. NICAUD, « Conformité au droit de l'Union de l'émission des mandats d'arrêt européens émis par le parquet français, CJUE 12 mars 2019, nos C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *AJ Pénal*, 2020, pages 125 à 128.

¹⁹⁰⁴ Voir point 46 de l'arrêt *NJ*.

à un risque de dissolution des responsabilités et du critère d'indépendance de l'autorité judiciaire. Elle détache l'exigence d'indépendance de la question de l'auteur de la décision d'émission du MAE et accepte une sorte d'auteur composite/composé. Cela relève néanmoins *a priori* de l'exception.

Le système de protection judiciaire à deux niveaux consiste donc en deux décisions judiciaires : le MAE qui est lui-même fondé sur une première décision judiciaire nationale. Les deux niveaux de protection judiciaire sont indépendants et cumulatifs. En particulier, peu importe le degré de protection offert lors de la prise de décision judiciaire nationale. La décision d'émission du MAE doit être judiciaire même s'il se fonde sur une décision nationale d'une autorité judiciaire qui est aussi un juge ou une juridiction¹⁹⁰⁵. La protection juridictionnelle n'évince pas la place et le rôle de la protection judiciaire dans le mécanisme de reconnaissance mutuelle. Le défaut ou la défaillance de l'intervention d'une autorité judiciaire lors de l'émission du MAE ne peut pas non plus être « corrigé » par l'existence d'un recours juridictionnel effectif contre la décision d'émettre un MAE¹⁹⁰⁶. La Cour distingue donc clairement ce qui relève de la protection judiciaire et ce qui relève de la protection juridictionnelle effective¹⁹⁰⁷. La protection judiciaire « s'additionne » à la protection juridictionnelle effective, ou plutôt l'inverse¹⁹⁰⁸.

Dans le cadre de la DEE, il existe une forme de protection liée à l'autorité d'émission et d'exécution de la DEE sans que celle-ci puisse être réellement qualifiée de « judiciaire »¹⁹⁰⁹. On parlera éventuellement de protection « pseudo-judiciaire ». Une DEE « *ne peut être exécutée que si l'autorité qui l'a émise est une « autorité d'émission », au sens de l'article 2, sous c), de ladite directive* », et, d'autre part, lorsqu'elle est émise « *par une autorité d'émission autre que l'une de celles visées au point i) de cette disposition, elle doit être validée par une « autorité judiciaire » avant d'être transmise aux fins de son exécution dans un autre État membre* »¹⁹¹⁰. Une DEE est donc bien *in fine* une décision

¹⁹⁰⁵ Voir point 72 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁹⁰⁶ Voir point 85 de l'arrêt *OG et PI*.

¹⁹⁰⁷ Voir point 48 de l'arrêt *JR & YC*. Cela a été confirmé dans la jurisprudence postérieure de la Cour de justice : voir notamment point 30 de l'arrêt *XD*.

¹⁹⁰⁸ Voir *infra*.

¹⁹⁰⁹ Si on y attache une signification particulière liée aux qualités de l'autorité.

¹⁹¹⁰ Voir point 46 de l'arrêt *A et a*.

judiciaire émise ou validée par une autorité judiciaire¹⁹¹¹. Si tel n'est pas le cas, conformément à l'article 9(3) de la directive, l'autorité d'exécution renvoie la DEE à l'État d'émission¹⁹¹². L'intervention et la responsabilité de l'autorité judiciaire dans la prise de décision relative à l'émission d'une DEE est donc une condition de sa validité.

L'intégration de la notion d'autorité judiciaire d'émission et son intervention dans le système de protection de la DEE ne résulte pourtant pas de la protection qu'elle procure en soi. Au contraire, son intégration découle du besoin de pallier l'absence de qualité intrinsèque de l'autorité judiciaire dans le reste du système de protection de la DEE. L'émission ou la validation d'une DEE est ainsi soumise en vertu de la directive 2014/41 à « *une procédure et à des garanties distinctes de celles qui encadrent l'émission d'un mandat d'arrêt européen* »¹⁹¹³ qui n'exigent pas la transposition des critères de qualification de la notion d'autorité judiciaire d'émission du MAE. Cette directive prévoit des dispositions spécifiques, adaptées visant à assurer que l'émission ou la validation d'une DEE soit « *entourée de garanties propres à l'adoption des décisions judiciaires, en particulier de celles relatives au respect des droits fondamentaux de la personne concernée* »¹⁹¹⁴. L'absence de garanties statutaires relatives à une indépendance minimum de l'autorité judiciaire d'émission de la DEE est compensée par le cadre procédural spécifique dans lequel elle intervient¹⁹¹⁵ et qui serait déjà suffisamment protecteur. L'approche de la CJUE semble pragmatique¹⁹¹⁶ dans le sens où elle ne s'est pas « embêtée » à dégager une notion d'autorité judiciaire plus exigeante, favorable à la présomption de confiance mutuelle et la reconnaissance mutuelle puisque la confiance mutuelle semble déjà plus relative au regard du texte de la directive¹⁹¹⁷. Une protection suffisante voire importante existerait déjà par ailleurs. La judiciarisation de la procédure de la DEE telle que prévue par la directive et comprise par la CJUE est alors

¹⁹¹¹ Voir point 55 de l'arrêt *A et a*.

¹⁹¹² Voir point 54 de l'arrêt *HP*.

¹⁹¹³ Voir point 56 de l'arrêt *A et a*.

¹⁹¹⁴ Voir point 56 de l'arrêt *A et a*.

¹⁹¹⁵ Il est fait référence à certaines conditions « salvatrices » qui doivent être vérifiées par l'autorité d'émission chez A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

¹⁹¹⁶ Référence à une approche très pragmatique de la CJUE chez A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

¹⁹¹⁷ Voir aussi A. MOSNA, « Europäische Ermittlungsanordnung und Europäische Staatsanwaltschaft : Die Regelung grenzüberschreitender Ermittlungen in der EU », *ZStW* 131(3), 2019, pages 808 à 847.

problématique et insuffisante aux fins d'assurer un haut degré de confiance mutuelle, ce qui risque d'handicaper le mécanisme de reconnaissance mutuelle.

Tout d'abord, il existe une forme de contrôle *a priori* en raison du « *cadre normatif* » qui prévoit un ensemble de garanties au stade de l'émission ou de la validation de la DEE¹⁹¹⁸. L'autorité judiciaire qui émet ou valide une DEE doit prendre en compte les droits fondamentaux de la personne consacrés par la Charte¹⁹¹⁹, en particulier le droit à la présomption d'innocence et les droits de la défense prévus à l'article 48 de la CDFUE¹⁹²⁰. Ensuite, même si l'autorité judiciaire d'émission n'est pas obligatoirement indépendante¹⁹²¹, elle a tout de même la responsabilité de veiller à la nécessité et la proportionnalité de la DEE, ainsi qu'au respect des conditions procédurales nationales entourant la mesure d'enquête demandée¹⁹²². Ainsi, lorsqu'elle émet ou valide une DEE, l'autorité judiciaire d'émission veille au respect des « *garanties procédurales nationales* » conformes aux directives UE relatives aux droits procéduraux dans le cadre des procédures pénales¹⁹²³. Faute de garanties statutaires relatives aux qualités de l'acteur qui a la charge de contrôle, les mêmes garanties destinées à compenser cette absence sont potentiellement beaucoup plus formelles et abstraites qu'il n'y paraît. La concrétisation de la protection des droits fondamentaux n'est pas aussi certaine que dans le cadre de l'émission du MAE. Contrairement au MAE, le contrôle de proportionnalité et des conditions d'émission ne justifie plus l'exigence d'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission mais devient une compensation à son absence.

La protection est aussi finalement très peu européanisée et reste minimale. La Cour s'appuie trop facilement sur la protection procédurale nationale¹⁹²⁴ alors qu'elle peut être insuffisante pour assurer une confiance mutuelle élevée¹⁹²⁵ qui opère dans un cadre

¹⁹¹⁸ Voir point 69 de l'arrêt *A et a.*

¹⁹¹⁹ Voir point 63 de l'arrêt *A et a.*

¹⁹²⁰ Voir point 59 de l'arrêt *A et a.*

¹⁹²¹ Voir point 63 de l'arrêt *A et a.*

¹⁹²² Voir point 57 de l'arrêt *A et a.*

¹⁹²³ Voir point 58 de l'arrêt *A et a.* Renvoi au considérant (15) de la directive DEE qui renvoie lui-même aux directives du Parlement européen et du Conseil 2010/64/UE, 2012/13/UE et 2013/48/UE.

¹⁹²⁴ Il est exigé à l'article 6(1) sous b) de la directive DEE que « *la ou les mesures d'enquête indiquées dans la décision d'enquête européenne auraient pu être ordonnées dans les mêmes conditions dans le cadre d'une procédure nationale similaire* ».

¹⁹²⁵ Cela a expliqué notamment l'adoption du « paquet » de directives UE visant à renforcer les garanties procédurales, élément abordé Partie I, Chapitre 1, A., 1).

bien particulier. La Cour met par exemple en lumière la possibilité pour l'accusé de demander l'émission d'une DEE¹⁹²⁶ qui serait alors favorable à la protection de ses intérêts¹⁹²⁷ et viserait même une amélioration de la jouissance des droits fondamentaux. Cette possibilité pour l'accusé ou son avocat de demander l'émission d'une DEE dépend avant tout du droit national qui varie pourtant d'un Etat membre d'émission à un autre¹⁹²⁸. La garantie n'est pas uniforme sur tout le territoire de l'ELSJ et ni assurée pour chaque individu faisant l'objet d'une enquête. Pour rappel, les garanties procédurales nationales ne formaient d'ailleurs que le premier niveau de protection judiciaire dans le cadre du système de protection à deux niveaux de la procédure d'émission du MAE.

La compensation opérée par le cadre normatif proviendrait également d'un ensemble de garanties au stade de l'exécution de la DEE¹⁹²⁹. La CJUE s'appuie largement sur l'intervention *a posteriori* de l'autorité d'exécution afin d'affirmer l'existence d'une protection suffisante dans le cadre de la DEE¹⁹³⁰, bien que celle-ci ne soit pas forcément judiciaire non plus¹⁹³¹. L'approche de la CJUE contredit la logique du contrôle limité et suffisant au stade de l'exécution dans le cadre du mécanisme de reconnaissance mutuelle. Un appui aussi important sur l'autorité d'exécution n'existe pas dans la jurisprudence de la CJUE relative au MAE. Dans le cadre du MAE, la CJUE insiste sur la responsabilité première de l'Etat membre d'émission et son autorité judiciaire d'émission en matière de protection des droits fondamentaux¹⁹³² tandis que l'autorité judiciaire d'exécution opère de simples « *contrôles suffisants* »¹⁹³³. En comparaison, la CJUE insiste beaucoup plus sur le contrôle de l'autorité judiciaire d'exécution de la DEE, plus approfondi en matière de droits fondamentaux et de garanties¹⁹³⁴. L'autorité d'exécution

¹⁹²⁶ Voir point 71 de l'arrêt *A et a.*

¹⁹²⁷ Voir point 71 de l'arrêt *A et a.*

¹⁹²⁸ P. BEAUVAIS, « De l'entraide judiciaire à l'enquête pénale européenne - À propos de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne (Directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale) », *RTD Eur.*, 2015, pages 777 à 785.

¹⁹²⁹ Voir point 69 de l'arrêt *A et a.*

¹⁹³⁰ Mention d'une marge plus importante mais qui reste limitée de l'autorité judiciaire d'exécution : voir A. MOSNA, « Europäische Ermittlungsanordnung und Europäische Staatsanwaltschaft : Die Regelung grenzüberschreitender Ermittlungen in der EU », *ZStW* 131(3), 2019, pages 808 à 847.

¹⁹³¹ Voir *infra*.

¹⁹³² Article 6(2) DC MAE et jurisprudence de la CJUE y afférent.

¹⁹³³ Considérant (8) DC MAE.

¹⁹³⁴ Voir *supra* Partie I de la présente thèse.

de la DEE assure le même contrôle de proportionnalité que l'autorité judiciaire d'émission et du respect des droits procéduraux et fondamentaux¹⁹³⁵. Ce contrôle peut *in fine* conduire au retrait éventuel d'une DEE disproportionnée par l'autorité d'émission¹⁹³⁶, à la proposition d'une mesure alternative moins coercitive¹⁹³⁷ ou à l'application du motif de refus d'exécution de l'article 11(1) sous f) relatif à la violation des droits fondamentaux¹⁹³⁸. Outre le fait que cette protection soit « retardée » et variable d'un Etat membre d'exécution à un autre, les garanties avancées, notamment l'emploi du motif de refus relatif à la violation des droits fondamentaux, sont moins liées à la *validité* de la DEE qu'aux *exceptions* à la confiance mutuelle, qui est alors plus directement touchée. L'anticipation d'un contrôle approfondi et de l'application des motifs de refus d'exécution de la DEE explique donc au moins en partie la moindre exigence de la notion d'autorité judiciaire (d'émission). La CJUE semble estimer qu'une plus grande protection des droits fondamentaux (au niveau de la notion) n'améliorerait pas l'efficacité du mécanisme de reconnaissance mutuelle. Cette différence d'approche entre le MAE et la DEE est critiquable. D'une part, l'émission du MAE devrait lui-aussi être proportionnée¹⁹³⁹. D'autre part, les contrôles au stade de l'exécution du MAE et de la DEE ne sont en réalité pas si différents en pratique en raison de la jurisprudence relatives aux circonstances exceptionnelles de la CJUE¹⁹⁴⁰. La CJUE pourrait mieux encadrer l'application du motif de non-exécution de l'article 11(1)f) de la directive DEE si la notion d'autorité judiciaire était suffisamment protectrice en amont¹⁹⁴¹. Il semble que la CJUE admette, trop facilement, que le degré de confiance mutuelle exigé soit bien moins important que dans

¹⁹³⁵ Voir point 64 de l'arrêt *A et a*.

¹⁹³⁶ Voir point 66 de l'arrêt *A et a*.

¹⁹³⁷ Voir point 67 de l'arrêt *A et a*.

¹⁹³⁸ Voir point 68 de l'arrêt *A et a*.

¹⁹³⁹ E. XANTHOPOULOU, *Fundamental Rights and Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice : a Role for Proportionality ?*, Chapitre 6, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, 2020, pages 102 à 148. ; V. HAGENBACH, *La recherche de l'équilibre entre les éléments structurants de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice - L'exemple du mandat d'arrêt européen*, mémoire sous la direction de C. HAGUENAU-MOIZARD, Strasbourg, soutenu au titre de l'année 2016-2017, 115 pages.

¹⁹⁴⁰ Nous faisons notamment référence à l'introduction d'un motif jurisprudentiel de refus de reconnaissance et d'exécution relatif à la violation des (certains?) droits fondamentaux dans le cadre du MAE. D'autre part, on ne sait pas encore si la CJUE appliquera la méthodologie *Aranyosi* au motif explicite textuel de refus lié aux droits fondamentaux de la DEE.

¹⁹⁴¹ Voir *infra*.

le cadre du MAE¹⁹⁴². Il n'est ainsi que fait référence qu'à la protection des droits fondamentaux et non à la confiance mutuelle lorsque la CJUE observe le contexte dans lequel s'inscrit la DEE¹⁹⁴³. Un meilleur travail préparatoire sur les critères de qualification l'autorité judiciaire de la DEE et/ou du « *parquet* » aurait substantiellement renforcé la confiance mutuelle, y compris pour une meilleure présomption de confiance. L'application des motifs de refus d'exécution serait plus hypothétique et le contrôle de l'autorité d'exécution plus confiant et limité en pratique.

L'appui sur l'autorité d'exécution a aussi ses limites pour les mêmes raisons liées à l'absence de qualités intrinsèques et à sa définition plus vague encore. L'«*autorité d'exécution* » est « *une autorité compétente pour reconnaître une décision d'enquête européenne et en assurer l'exécution conformément à la présente directive et aux procédures applicables dans le cadre d'une procédure nationale similaire* »¹⁹⁴⁴. Il y a fort à parier que, dans un futur proche, la Cour doive se prononcer sur le contenu de la notion. Sauf changement complet de son approche, elle devrait s'appuyer sur la formulation de la disposition pour imposer le seul critère de compétence en vertu du droit national, parallèle à sa compétence dans une procédure nationale similaire, afin de qualifier une autorité en tant qu'autorité d'exécution de la DEE.

Il n'est pas distingué explicitement et textuellement entre une autorité d'exécution judiciaire ou non-judiciaire. La DEE est ainsi une décision judiciaire, émise ou validée par une autorité judiciaire, mais n'est pas (forcément) exécutée (directement ou par validation) par une autorité judiciaire, contrairement au MAE. La CJUE ne peut donc actuellement prétendre à l'existence d'un système de protection judiciaire complet. La protection suffisante des droits fondamentaux sera certainement à nouveau justifiée au regard des contrôles que l'autorité d'exécution devra opérer¹⁹⁴⁵ et au regard des garanties

¹⁹⁴² On remarque d'ailleurs au point 40 de l'arrêt *A et a* la formulation assez particulière selon laquelle : « (...) la décision d'enquête européenne est un instrument relevant de la coopération judiciaire en matière pénale visée à l'article 82, paragraphe 1, TFUE, laquelle est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions judiciaires. Ce principe, qui constitue la « pierre angulaire » de la coopération judiciaire en matière pénale, est lui-même fondé sur la confiance mutuelle ainsi que sur la présomption réfragable que les autres Etats membres respectent le droit de l'Union et, en particulier, les droits fondamentaux ». En général, la CJUE fait plutôt la formulation selon laquelle la confiance mutuelle implique la présomption que les autres Etats membres respectent le droit de l'Union et, en particulier, les droits fondamentaux sauf *circonstances exceptionnelles*.

¹⁹⁴³ Points 56 à 63 à de l'arrêt *A et a*.

¹⁹⁴⁴ Voir article 2 sous d) de la directive relative à la DEE.

¹⁹⁴⁵ Notamment de proportionnalité et de respect des droits fondamentaux comme indiqué ci-dessus.

procédurales nationales applicables¹⁹⁴⁶, de la même façon et sous couvert des mêmes critiques que la notion d'autorité judiciaire dans le cadre de l'émission de la DEE. L'absence d'indépendance pourrait encore être compensée par ces éléments dans la jurisprudence. L'effet cumulé de ces différents manques est pourtant problématique et ne pourra pas complètement être rattrapé par une protection juridictionnelle effective¹⁹⁴⁷. L'approche d'ensemble serait alors susceptible d'être contraire à la logique initiale de judiciairisation du mécanisme de reconnaissance mutuelle et de la confiance mutuelle.

La protection telle qu'esquissée dans le cadre de la DEE est définie de manière bien différente de celle du MAE. La question de la protection judiciaire est présente sans être centrale. Elle provient des obligations de contrôle que l'autorité judiciaire doit effectuer, des garanties du droit national de l'Etat d'émission et de l'autorité d'exécution. Le lien entre la nature de la décision et le caractère judiciaire de la protection semble distendu. La spécificité de la protection des droits fondamentaux en matière de coopération judiciaire pénale et de confiance mutuelle est largement relativisée en comparaison du système de protection du MAE¹⁹⁴⁸.

La présence d'une protection judiciaire dans le cadre du MAE ou sa quasi-absence dans celui de la DEE aura des conséquences importantes sur la protection juridictionnelle effective.

¹⁹⁴⁶ Voir articles 9(1), 10(1) sous a) et 10(3) de la directive DEE.

¹⁹⁴⁷ Voir *infra*.

¹⁹⁴⁸ « *La notion d'autorité judiciaire ne serait donc pas calibrée sur les exigences de la reconnaissance mutuelle, mais sur le niveau de garantie attendu pour chaque instrument de coopération* » selon A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

b) La modulation de la protection juridictionnelle effective au regard de la protection judiciaire

Les systèmes de protection du MAE et de la DEE ne se reposent pas uniquement sur la définition des autorités judiciaires d'émission ou d'exécution. Ces systèmes comprennent également l'intervention du juge mais celle-ci est à nouveau spécifique à chaque instrument. La protection judiciaire ne se confond pas avec l'exigence de protection juridictionnelle effective mais permet à la Cour de justice de façonner cette dernière¹⁹⁴⁹.

Dans le cadre du MAE, il s'agit de donner une place complémentaire et secondaire à la protection offerte par le juge ou la juridiction. L'obligation de respecter les exigences inhérentes à la protection juridictionnelle effective qui se concrétise à deux endroits différents concernant l'émission du MAE. Tout d'abord, « *s'agissant d'une mesure (...) de nature à porter atteinte au droit à la liberté de la personne concernée, consacré à l'article 6 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, cette protection implique qu'une décision satisfaisant aux exigences inhérentes à une protection juridictionnelle effective soit adoptée, à tout le moins, à l'un des deux niveaux de protection (judiciaire)* »¹⁹⁵⁰. Une des autorités judiciaires d'émission du MAN ou du MAE doit donc en même temps être une autorité juridictionnelle. Ainsi, lorsqu'un MAE est émis par une autorité judiciaire non-juridictionnelle¹⁹⁵¹, la décision judiciaire nationale sur laquelle se greffe le MAE doit l'être pour sa part¹⁹⁵².

La gravité de la mesure de remise au regard du droit à la liberté justifie l'intervention du juge au sens strict. Il assure le respect des exigences inhérentes à une protection juridictionnelle effective qui ne peuvent être satisfaites par l'intervention de l'autorité judiciaire non-juridictionnelle. La protection des droits fondamentaux est donc renforcée à au moins l'un des deux niveaux de protection judiciaire de la procédure d'émission du MAE. La protection « juridictionnelle » est une protection plus « complète »

¹⁹⁴⁹ B. NICAUD, « Conformité au droit de l'Union de l'émission des mandats d'arrêt européens émis par le parquet français, CJUE 12 mars 2019, nos C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *AJ Pénal*, 2020, pages 125 à 128.

¹⁹⁵⁰ Voir point 68 de l'arrêt *OG et PI*, ; voir point 46 de l'arrêt *PF* ; voir point 39 de l'arrêt *XD*.

¹⁹⁵¹ « *une autorité qui, tout en participant à l'administration de la justice de cet État membre, n'est pas un juge ou une juridiction* ».

¹⁹⁵² Voir notamment point 69 de l'arrêt *OG et PI* ; voir point 46 de l'arrêt *PF*. L'hypothèse inverse n'a jamais été formulée d'après les recherches effectuées.

et intense en raison des exigences accrues entourant la figure du juge, fondées sur les articles 47 de la CDFUE, 19 du TUE et sur la jurisprudence *LM* de la Cour. Il s'agit d'un contrôle effectué par un juge indépendant de toute instruction, individuelle ou générale, externe ou interne, dans le respect des droits de la défense et du droit à un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. La personne bénéficie ainsi finalement de toutes les garanties résultant des droits fondamentaux et des principes juridiques fondamentaux reconnus par le droit de l'UE¹⁹⁵³. Cette intervention du juge implique en principe sa responsabilité finale, directe, par homologation ou par validation concernant la décision d'émettre un MAN (ou un MAE).

En raison de ses qualités, l'autorité judiciaire permet d'éviter l'intervention obligatoire d'un pouvoir décisionnel juridictionnel à l'un des deux niveaux du système de protection judiciaire lors de l'émission. Elle offre donc une certaine flexibilité tout en assurant une présomption de confiance mutuelle. L'intervention juridictionnelle est ainsi potentiellement relativisée. Un Etat membre peut ainsi choisir de confier l'émission d'un MAN à un juge ou un tribunal - autorité judiciaire et juridictionnelle - mais confier l'émission du MAE à un parquet en tant qu'autorité judiciaire non-juridictionnelle, tant qu'il est suffisamment indépendant¹⁹⁵⁴. A l'inverse, cet Etat membre peut préférer l'émission du MAN par un parquet suffisamment indépendant et l'émission du MAE par un juge ou un tribunal. Enfin, l'émission du MAN et du MAE peut à chaque fois être confiée à un juge ou un tribunal. La seule configuration écartée est l'émission du MAN et du MAE à chaque fois confiée à une autorité judiciaire non-juridictionnelle, comme à un parquet fût-il suffisamment indépendant. La protection définie ne conduit pas à une uniformité des garanties mais à imposer un degré de protection minimum. Certains systèmes de justice pénale peuvent ainsi être plus protecteurs que d'autres.

Dans son arrêt *PI* du 10 mars 2021¹⁹⁵⁵, la Cour de justice a précisé le moment où le contrôle juridictionnel doit intervenir lors de la procédure d'émission du MAE. « *(L)a personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuites pénales doit*

¹⁹⁵³ Voir point 45 de l'arrêt *PI*.

¹⁹⁵⁴ Nous entendons ici le juge ou le parquet comme autorité judiciaire d'émission dans le sens où ceux-ci sont les responsables et auteurs finaux de la prise de décision, sans s'appesantir sur la forme par laquelle cela se traduit (prise de décision directe ou indirecte). Et encore, nous savons que la CJUE ne s'est pas toujours montrée aussi claire dans tous ses arrêts (voir notamment arrêt CJUE (première chambre), 10 mars 2021, *PI*. Affaire C-648/20 PPU).

¹⁹⁵⁵ CJUE (première chambre), 10 mars 2021, *PI*. Affaire C-648/20 PPU.

pouvoir bénéficier d'une protection juridictionnelle effective avant sa remise à l'État membre d'émission, et ce à tout le moins à l'un des deux niveaux de protection requis par ladite jurisprudence »¹⁹⁵⁶. Cela vise *a priori* l'hypothèse où la prise de décision du juge en tant qu'autorité judiciaire d'émission intervient par validation ou homologation du MAN ou du MAE¹⁹⁵⁷. L'autorité judiciaire d'exécution est alors plus à même de faire confiance¹⁹⁵⁸. Une protection juridictionnelle uniquement *a posteriori* des droits fondamentaux serait bien moins efficace puisqu'il s'agirait de réparer et non de prévenir leur violation. Cela correspond à l'idée selon laquelle un certain niveau de protection des droits fondamentaux est un préalable à la confiance mutuelle¹⁹⁵⁹. Il y a donc une « *obligation incombant à l'État membre d'émission de mettre en œuvre des règles procédurales permettant à une juridiction compétente d'opérer, avant cette remise, un contrôle de la légalité du mandat d'arrêt national ou de la décision judiciaire ayant la même force, adoptés également par un procureur, ou encore du mandat d'arrêt européen* »¹⁹⁶⁰. La protection judiciaire ne permet pas de repousser le moment où doit intervenir ce contrôle.

La deuxième intervention éventuelle de la protection juridictionnelle a lieu lorsque le MAE est émis par une autorité judiciaire non-juridictionnelle¹⁹⁶¹. Dans ce cas, « *la décision d'émettre un tel mandat d'arrêt et, notamment, le caractère proportionné d'une telle décision doivent pouvoir être soumis, dans ledit État membre, à un recours juridictionnel qui satisfait pleinement aux exigences inhérentes à une protection juridictionnelle effective* »¹⁹⁶². Dans l'hypothèse où le MAN est émis par un juge et le MAE par une autorité judiciaire telle qu'un parquet, il faut donc prévoir une possibilité de recours juridictionnelle contre ce MAE devant un juge ou une juridiction. Il s'agit d'un deuxième type de contrôle juridictionnel plus indirect et qui s'opère uniquement au deuxième niveau de protection judiciaire. Ce deuxième contrôle ne remplace pas mais

¹⁹⁵⁶ Voir point 47 de l'arrêt *PI*.

¹⁹⁵⁷ Voir point 48 de l'arrêt *PI*.

¹⁹⁵⁸ Voir point 49 de l'arrêt *PI*.

¹⁹⁵⁹ Voir point 59 de l'arrêt *PI*.

¹⁹⁶⁰ Voir point 57 de l'arrêt *PI*.

¹⁹⁶¹ « *une autorité qui, tout en participation à l'administration de la justice pénale, n'est pas elle-même une juridiction* ».

¹⁹⁶² Voir notamment point 75 de l'arrêt *OG et PI* ; point 53 de l'arrêt *PF* ; point 41 de l'arrêt *XD* ; point 46 de l'arrêt *PI*, point 65 de l'arrêt *MM*.

s'ajoute au premier contrôle juridictionnel précédent¹⁹⁶³. Ce deuxième contrôle n'implique pas non plus que la décision d'émission du MAE soit imputable à ce juge ou de cette juridiction. Elle reste celle de l'autorité judiciaire non-juridictionnelle. Dans le cadre de la procédure d'exécution du MAE, la Cour a retenu le même type de contrôle juridictionnel¹⁹⁶⁴. Ainsi, l'autorité judiciaire « *exerce sa fonction dans le cadre d'une procédure qui respecte les exigences découlant d'une protection juridictionnelle effective* »¹⁹⁶⁵.

Le recours juridictionnel contre la décision d'une autorité judiciaire non-juridictionnelle d'émettre un MAE conduit à un dédoublement du contrôle des conditions d'émission du MAE, notamment de son caractère proportionné¹⁹⁶⁶. Ce second niveau de protection « bis »¹⁹⁶⁷ constitue un compromis entre recherche d'efficacité et protection des droits fondamentaux. Ce dédoublement retarde l'intervention pourtant nécessaire du juge. Il permet de proposer une protection graduelle, en intensité et dans le temps, lorsqu'il y a intervention principale d'une autorité judiciaire non-juridictionnelle. La consécration d'une autorité judiciaire indépendante, actrice de la protection des droits fondamentaux et de la coopération judiciaire pénale dans le cadre du MAE, le permet. Dans le même temps, une autorité judiciaire non-juridictionnelle, tel qu'un procureur, même indépendant, n'est pas en mesure de garantir une protection juridictionnelle effective¹⁹⁶⁸ et l'intervention du juge est tôt ou tard nécessaire. Malgré toutes les nuances et modulations que l'on pourra admettre, il est important de constater que le défaut de protection juridictionnelle effective constitue un motif de refus d'exécution du MAE¹⁹⁶⁹. Le MAE doit donc être émis (directement ou par homologation/validation etc) ou, au

¹⁹⁶³ Voir *supra*.

¹⁹⁶⁴ Voir point 54 de l'arrêt AZ. Ou bien le juge/tribunal prend lui-même la décision d'exécution du MAE ou bien, lorsque le droit de l'État membre d'exécution attribue la compétence pour exécuter un MAE à une autorité judiciaire non-juridictionnelle, la décision de cette autorité doit pouvoir être soumise à un recours juridictionnel effectif.

¹⁹⁶⁵ Voir point 54 de l'arrêt AZ.

¹⁹⁶⁶ Voir rappel point 66 de l'arrêt MM.

¹⁹⁶⁷ Questionnement relatif à ce dédoublement par B. NICAUD, « Conformité au droit de l'Union de l'émission des mandats d'arrêt européens émis par le parquet français, CJUE 12 mars 2019, nos C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *AJ Pénal*, 2020, pages 125 à 128.

¹⁹⁶⁸ Voir lecture a contrario du point 66 de l'arrêt MM.

M. BÖSE, « The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: OG & PI, PF, JR & YC », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1259 à 1282.

¹⁹⁶⁹ M. BÖSE, « The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: OG & PI, PF, JR & YC », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1259 à 1282.

minimum, être susceptible de faire l'objet d'un recours devant un magistrat du siège. Le droit de la personne concernée de contester un MAE devant une juridiction de l'Etat membre d'émission au sens de l'art 47 CDFUE va au-delà de l'approche traditionnelle qui ne soumet pas la demande d'extradition à un contrôle juridictionnel¹⁹⁷⁰. La protection juridictionnelle dans le cadre de la décision d'émission du MAE est une avancée comparé à la jurisprudence de la CourEDH¹⁹⁷¹. Au regard de l'obligation d'exécution du MAE, la reconnaissance de ce droit semble logique. La responsabilité et le pouvoir décisionnel se situent désormais principalement du côté de l'Etat d'émission ou sont au minimum partagés entre l'Etat membre d'émission et l'Etat membre d'exécution¹⁹⁷².

La CJUE fait néanmoins preuve d'une souplesse parfois critiquable quant à la traduction concrète de ce recours et nuance alors la protection apportée. Lorsqu'un juge doit contrôler la décision d'émission d'un MAE d'une autorité judiciaire non-juridictionnelle, son intervention peut prendre différentes formes¹⁹⁷³. Alors qu'il s'agissait *a priori* d'un « *recours juridictionnel* » spécifique contre la décision de délivrance du MAE¹⁹⁷⁴, la Cour de justice a par la suite admis une certaine autonomie procédurale des Etats-membres¹⁹⁷⁵ en se focalisant sur la finalité de ce « *recours* »¹⁹⁷⁶. Cette autonomie vaut tant qu'elle ne nuit pas à l'efficacité de la procédure¹⁹⁷⁷ et au niveau de protection imposé¹⁹⁷⁸. Le but d'un tel recours est de garantir que « *le contrôle juridictionnel* » du MAE respecte les exigences inhérentes à une protection juridictionnelle effective¹⁹⁷⁹. La notion de *contrôle* juridictionnel étant plus large que celle de *recours* juridictionnel, l'instauration d'un droit de recours distinct contre la décision d'émettre un MAE ne

¹⁹⁷⁰ M. BÖSE, « The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: *OG & PI, PF, JR & YC* », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1259 à 1282.

¹⁹⁷¹ M. BÖSE, « The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: *OG & PI, PF, JR & YC* », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1259 à 1282.

¹⁹⁷² Si l'on considère la possibilité de contrôle et de refus limité au stade de l'exécution.

¹⁹⁷³ Rappel point 67 de l'arrêt *MM*.

¹⁹⁷⁴ Voir notamment point 75 de l'arrêt *OG et PI* ; voir point 53 de *PF* ; voir point 41 de l'arrêt *XD*.

¹⁹⁷⁵ Voir points 43 et 44 de l'arrêt *XD* ; voir points 64 et 65 de l'arrêt *JR & YC*.

¹⁹⁷⁶ Voir points 41 et 42 de l'arrêt *XD* ; point 63 de l'arrêt *JR & YC*.

¹⁹⁷⁷ Voir point 45 de l'arrêt *XD* ; voir point 66 de l'arrêt *JR & YC*.

¹⁹⁷⁸ Rappel points 67 et 70 de l'arrêt *MM*.

¹⁹⁷⁹ Voir point 42 de l'arrêt *XD* ; point 63 de l'arrêt *JR & YC*, point 66 de l'arrêt *MM*.

constitue qu'une possibilité à cet égard¹⁹⁸⁰. Cela a alors conduit à accepter un recours juridictionnel indirect contre le MAE sous la forme d'un recours visant le MAN dont il dépend grâce à une appréciation globale de la procédure¹⁹⁸¹. Un contrôle juridictionnel de proportionnalité et des conditions d'émission même *préalable* à l'émission du MAE, opéré par le juge émet le MAN et complété plus tard par une possibilité de recours en nullité, est également possible¹⁹⁸². Ainsi, des « *règles procédurales en vertu desquelles les conditions d'émission d'un MAE et, notamment, son caractère proportionné peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel dans l'État membre d'émission, avant son adoption ou de manière concomitante à celle-ci, mais également ultérieurement, répond à l'exigence d'une protection juridictionnelle effective* »¹⁹⁸³. La question de la pertinence du contrôle de proportionnalité « préalable » se pose pourtant. D'autre part, la Cour ne reconnaît pas non plus la difficulté des personnes arrêtées et détenues dans l'Etat membre d'exécution à accéder à un conseil juridique aux fins de contestation de la décision d'émission du MAE avant la remise¹⁹⁸⁴. L'appui sur la directive 2013/48/UE sur le droit d'accès à un avocat¹⁹⁸⁵ doit être relativisé en raison de son manque d'application effective¹⁹⁸⁶.

La CJUE s'est montrée encore plus souple concernant l'hypothèse où le MAE est émis aux fins d'exécution d'une peine ou mesure de sûreté¹⁹⁸⁷. Elle a estimé que, puisqu'un tel mandat procède forcément d'un jugement exécutoire par lequel la présomption d'innocence est renversée « *lors d'une procédure judiciaire devant répondre aux exigences découlant de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux* »¹⁹⁸⁸, un contrôle juridictionnel effectif de la décision d'émission du MAE est en quelque sorte déjà

¹⁹⁸⁰ Voir point 44 de l'arrêt *XD* ; point 65 de l'arrêt *JR & YC* ; point 68 de l'arrêt *MM*.

¹⁹⁸¹ CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *XD*. Affaire C-625/19 PPU.

¹⁹⁸² CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *JR & YC*. Affaire *JR* (C-566/19 PPU), *YC* (C-626/19 PPU).

¹⁹⁸³ Point 69 de l'arrêt *MM*.

¹⁹⁸⁴ L. BAUDRIHAYE-GÉRARD « Can Belgian, French and Swedish prosecutors issue European Arrest Warrants? The CJEU clarifies the requirement for independent public prosecutors », Fair Trials, EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/01/can-belgian-french-and-swedish.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

¹⁹⁸⁵ Voir point 54 de l'arrêt *XD*.

¹⁹⁸⁶ L. BAUDRIHAYE-GÉRARD « Can Belgian, French and Swedish prosecutors issue European Arrest Warrants? The CJEU clarifies the requirement for independent public prosecutors », Fair Trials, EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/01/can-belgian-french-and-swedish.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

¹⁹⁸⁷ CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *ZB*. Affaire C-627/19 PPU.

¹⁹⁸⁸ Voir point 34 de l'arrêt *ZB*.

réalisé¹⁹⁸⁹. L'existence d'une procédure judiciaire antérieure statuant sur la culpabilité permet de présumer que la décision d'émettre un MAE aux fins d'exécution d'une peine est issue d'une procédure nationale où la personne a bénéficié de toutes les garanties résultant des droits fondamentaux et des principes juridiques fondamentaux¹⁹⁹⁰, notamment celle de la proportionnalité de l'émission du MAE¹⁹⁹¹. La proportionnalité de l'émission se déduit en particulier de la condamnation prononcée, laquelle doit consister en une peine ou en une mesure de sûreté privative de libertés d'une durée d'au moins quatre mois¹⁹⁹². La proportionnalité du MAE ne se limite pourtant pas à la seule condamnation et aux seuils de peine encourue ou prononcée¹⁹⁹³ contenus dans la DC MAE. C'est une approche réductrice de la proportionnalité qui conduit à écarter le contrôle juridictionnel des autres conditions d'émission du MAE.

La CJUE accepte donc ce que l'on pourrait appeler des formules « 2 en 1 » qui donnent une impression de recul de la protection par rapport aux premiers arrêts *OG et PI* et *PF*¹⁹⁹⁴. Dans un autre arrêt *JR* et *YC*, la CJUE a même pris en considération la pratique institutionnelle¹⁹⁹⁵ dans son appréciation globale de la protection juridictionnelle afin d'attester de son existence. Alors même que les dispositions légales¹⁹⁹⁶ ne prévoyaient pas explicitement de contrôle des conditions d'émission et de la proportionnalité du MAE émis par une autorité judiciaire non-juridictionnelle par un juge ou une juridiction, la Cour a retenu qu'il ressortait du renvoi préjudiciel que la juridiction ayant décerné le MAN avait opéré une appréciation des conditions nécessaires à l'émission du MAE, notamment de son caractère proportionné, lorsqu'elle demandait concomitamment au ministère public d'émettre un MAE¹⁹⁹⁷. Dans le cadre de la

¹⁹⁸⁹ Voir point 35 de l'arrêt *ZB*.

¹⁹⁹⁰ Voir point 36 de l'arrêt *ZB*.

¹⁹⁹¹ Voir point 38 de l'arrêt *ZB*.

¹⁹⁹² Voir point 38 de l'arrêt *ZB*.

¹⁹⁹³ Seuils définis à l'article 2(1) DC MAE.

¹⁹⁹⁴ D. REBUT, « Mandat d'arrêt européen - Le ministère public français et la notion d'autorité judiciaire d'émission du mandat d'arrêt européen. Beaucoup de bruit pour rien ? », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 1-2, note n°37, 13 Janvier 2020, pages 49 à 57.

¹⁹⁹⁵ Pratique relevée par la juridiction de renvoi au point 34 de l'arrêt *JR & YC*.

¹⁹⁹⁶ Dans l'affaire, la seule disposition légale de référence est l'article 131 du CPP au point 67 de l'arrêt *JR & YC*. Celui-ci qui ne fait qu'indiquer que si la personne recherchée est en fuite ou si elle réside hors du territoire français, le juge d'instruction, après avis du procureur de la République, peut décerner contre elle un mandat d'arrêt si le fait reproché comporte une peine d'emprisonnement correctionnelle ou une peine plus grave.

¹⁹⁹⁷ Voir point 68 de l'arrêt *JR & YC*.

procédure d'exécution, les Etats membres ont aussi une obligation de résultat et une liberté de moyens¹⁹⁹⁸. Cette liberté concerne le choix entre une décision judiciaire d'exécution du MAE directement prise par un juge ou son contrôle juridictionnel lorsqu'elle est prise par une autorité judiciaire non-juridictionnelle d'une part, et la forme de l'éventuel « recours » juridictionnel d'autre part.

Dans le cadre de la DEE, la protection juridictionnelle sert plutôt à pallier voir justifier le manque de protection judiciaire et la non-transposition du critère d'indépendance de l'autorité judiciaire du MAE vers la DEE. La protection juridictionnelle effective semble en effet prendre autant sinon plus de place que la protection « pseudo-judiciaire ». Elle apprécie plus globalement la protection offerte et mélange les arguments relatifs à la définition de la notion d'autorité judiciaire avec des éléments qui relèvent de la question distincte de la protection juridictionnelle dans le cadre du MAE¹⁹⁹⁹. La protection juridictionnelle doit alors favoriser la confiance mutuelle. Dans ce cadre et au regard des critiques précédemment formulées quant aux autres garanties compensatoires à l'absence de qualités intrinsèques de l'autorité judiciaire d'émission²⁰⁰⁰, l'intervention juridictionnelle devrait en principe être plus importante et directe que dans le cadre du MAE, particulièrement au stade de l'émission.

La directive DEE prévoit ainsi des dispositions spécifiques visant à assurer que l'émission ou la validation d'une DEE par une autorité judiciaire d'émission soit entourée de garanties relatives au respect « *du droit à une protection juridictionnelle effective* »²⁰⁰¹. La protection juridictionnelle effective est pourtant et surtout assurée au travers du principe des voies de recours équivalentes posé à l'article 14(1) de la directive DEE²⁰⁰².

¹⁹⁹⁸ Voir point 55 de l'arrêt AZ.

¹⁹⁹⁹ Voir notamment point 68 de l'arrêt *OG et PI*. Comme nous l'avons déterminé plus haut, l'exigence d'indépendance de l'autorité judiciaire dans le cadre du MAE ne pouvait pas découler des articles 6 et 47 de la CDFUE ou 19 du TUE puisque ces dispositions s'adressent uniquement aux juges et juridictions au sens du droit de l'Union. La notion d'autorité judiciaire du MAE était plus large que la notion d'autorité juridictionnelle. C'est également le cas dans le cadre de la DEE.

Voir aussi A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3.

²⁰⁰⁰ Voir *supra*.

²⁰⁰¹ Point 56 de l'arrêt *A et a*.

²⁰⁰² Voir point 60 de l'arrêt *A et a*. voir l'article 14(4) de la directive DEE concernant les délais.

P. BEAUVAIS, « De l'entraide judiciaire à l'enquête pénale européenne - À propos de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne (Directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale) », *RTD Eur.*, 2015, pages 777 à 785.

Cet article prévoit une obligation générale pour les Etats membres de veiller à ce que des voies de recours au moins équivalentes à celles ouvertes dans le cadre d'une procédure nationale similaire soient applicables aux mesures d'enquête indiquées dans la DEE²⁰⁰³. Le principe de *protection* équivalente à celle *nationale* dans l'Etat membre d'émission et dans l'Etat membre d'exécution permettrait ainsi de remplir les exigences inhérentes à une protection juridictionnelle effective posée par la *DUE* dans le cadre de la DEE. En particulier, l'existence d'un recours juridictionnel effectif contre les motifs de fond à l'origine de l'émission de la DEE dans l'Etat membre d'émission devrait compenser l'éventualité l'émission de la DEE insuffisamment protectrice ou proportionnée de l'autorité judiciaire²⁰⁰⁴. Appliquer le principe d'équivalence des voies de recours ne permet cependant pas de garantir une équivalence des protections *au sein de l'ELSJ* ni même l'*existence effective* d'un recours juridictionnel, alors qu'il s'agit de facteurs importants de la confiance mutuelle. La réalisation d'un droit fondamental de l'UE dépend du droit national des Etats membres²⁰⁰⁵. Le niveau de protection reste variable, peu autonome ni réellement propre à la coopération judiciaire pénale de l'UE. Ainsi, tandis que la Cour de justice impose deux types de contrôle juridictionnel, dont au moins un est préalable et obligatoire à l'émission du MAE, son existence même n'est pas assurée dans le cadre de l'émission de la DEE. Ce n'est que si un tel contrôle/recours juridictionnel existe, que l'Etat membre doit obéir au cadre européen des droits procéduraux fondamentaux²⁰⁰⁶.

L'insuffisance de la protection juridictionnelle a cependant été constatée et au moins en partie corrigée dans un récent arrêt *Gavanozov II*²⁰⁰⁷. La CJUE a encadré l'autonomie procédurale des Etats membres en raison de la protection insuffisante des

²⁰⁰³ Voir point 60 de l'arrêt *A et a*.

²⁰⁰⁴ Article 14(2)(4) de la directive DEE, voir point 61 de l'arrêt *A et a*.

²⁰⁰⁵ Absence d'harmonisation des voies de recours : voir notamment M. LASSALLE, « L'ouverture d'une voie de recours, condition de l'émission d'une décision d'enquête européenne », *AJ Pénal*, 2022, pages 39 à 40.

Sur les limites du principe d'équivalence des voies de recours voir : Z. VARGA, « Retrial and principles of effectiveness and equivalence in case of violation of the ECHR and of the Charter: XC », *Common Market Law Review* 56, 2019, pages 1673 à 1696.

²⁰⁰⁶ P. BEAUVAIS, « De l'entraide judiciaire à l'enquête pénale européenne - À propos de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne (Directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale) », *RTD Eur.*, 2015, pages 777 à 785.

²⁰⁰⁷ CJUE (première chambre), 11 novembre 2021, *Gavanozov II*. Affaire C 852/19.

droits fondamentaux. Au regard de l'obligation de respect des droits fondamentaux²⁰⁰⁸ et en particulier l'article 47 de la Charte, la CJUE a déclaré non-conforme au DUE²⁰⁰⁹ la réglementation d'un État membre d'émission qui ne prévoit aucune voie de recours contre l'émission d'une DEE ayant pour objet la réalisation de perquisitions et de saisies ainsi que l'organisation d'une audition de témoin par vidéoconférence²⁰¹⁰. La CJUE a préféré renforcer et partiellement autonomiser la protection juridictionnelle (ce qui est louable en soi) sans plus réfléchir à celle judiciaire.

L'article 14 n'exige pas des Etats membres qu'ils prévoient des voies de recours supplémentaires par rapport à celles qui existent dans le cadre d'une procédure nationale similaire²⁰¹¹. La CJUE dépasse alors le principe d'équivalence des voies de recours²⁰¹² sur le fondement du droit à un recours effectif garanti par l'article 47(1) CDFUE, afin de concrétiser le principe de protection juridictionnelle effective²⁰¹³. Cette approche nécessite de démontrer la violation potentielle des « *droits et les libertés garantis par le droit de l'Union* »²⁰¹⁴ par les mesures d'enquête demandées²⁰¹⁵. Ce droit fondamental de la CDFUE ou ce principe général du DUE constitue ainsi un intermédiaire dont la garantie oblige de prévoir un recours effectif . Afin de pouvoir contester la régularité et la nécessité des mesures et éventuellement demander un redressement approprié au regard des droits violés²⁰¹⁶, la personne concernée doit disposer d'un recours contre la DEE ordonnant l'exécution desdites mesures²⁰¹⁷. Il ne s'agit-là que d'une mise à niveau avec la protection accordée par la CEDH²⁰¹⁸, c'est-à-dire un minimum. Le contrôle de la

²⁰⁰⁸ Article 1(4) de la directive DEE.

²⁰⁰⁹ Point 50 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰¹⁰ Point 24 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰¹¹ Points 25 à 27 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰¹² Point 29 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰¹³ Point 28 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰¹⁴ Point 30 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰¹⁵ Points 31 et 32 et 42 à 45 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰¹⁶ Points 33 et 46 à 47 de l'arrêt *Gavanozov II*.

B. NICAUD, « CJUE : émission d'une décision d'enquête européenne et voies de recours », *Dalloz actualité*, 6 Décembre 2021.

²⁰¹⁷ Point 35 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰¹⁸ Point 34 de l'arrêt *Gavanozov II*.

B. NICAUD, « CJUE : émission d'une décision d'enquête européenne et voies de recours », *Dalloz actualité*, 6 Décembre 2021.

régularité et la nécessité des mesures rappelle quelque peu le contrôle juridictionnel du respect des conditions d'émission du MAE²⁰¹⁹ par une autorité judiciaire non-juridictionnelle²⁰²⁰, dont l'exigence de proportionnalité²⁰²¹.

L'idée de compensation de la protection pseudo-judiciaire par la protection juridictionnelle effective justifie aussi le développement de nouvelles voies de recours. La CJUE retient notamment que la protection assurée par l'autorité d'exécution de la DEE n'est pas suffisante alors même qu'elle avait déjà été mise en avant auparavant²⁰²². L'autorité d'exécution ne peut en principe, en raison de la présomption de confiance mutuelle et de la technique de reconnaissance mutuelle²⁰²³, refuser l'exécution d'une DEE. Elle ne peut qu'appliquer les motifs de non-exécution explicités dans la directive DEE, dont ceux de l'article 11²⁰²⁴. La CJUE confirme également les limites de l'intervention de l'autorité juridictionnelle de l'Etat membre d'exécution. L'autorité juridictionnelle de l'Etat d'exécution n'a qu'un rôle limité lors de l'exécution de la DEE. La procédure d'exécution d'une DEE *peut* nécessiter l'autorisation d'une juridiction dans l'Etat d'exécution lorsque son droit national le prévoit²⁰²⁵ mais cette garantie n'est pas automatique et ne va en principe concerner que les mesures les plus intrusives ou sensibles²⁰²⁶. Une autorisation ne sous-entend d'ailleurs pas automatiquement un contrôle complet et approfondi de la décision d'exécution de la DEE²⁰²⁷ et encore moins de la décision d'émission de la DEE. L'autorité juridictionnelle de l'Etat membre d'exécution peut encore intervenir lors d'un recours formé contre la reconnaissance ou l'exécution d'une DEE s'il existe²⁰²⁸, mais la répartition des compétences au sein de la directive DEE ne lui permet pas de connaître une action contre les motifs de fond de la

²⁰¹⁹ Les conditions d'émission conditionnant la régularité.

²⁰²⁰ Voir *supra*.

²⁰²¹ La nécessité est un élément du contrôle de proportionnalité au sens large.

²⁰²² Voir *supra*.

²⁰²³ Point 37 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰²⁴ Points 38 et 39 de l'arrêt *Gavanozov II*, nous y revenons *infra*.

²⁰²⁵ Voir article 2 sous d) directive DEE et point 65 de l'arrêt *A et a*.

²⁰²⁶ Point 65 de l'arrêt *A et a*.

²⁰²⁷ B. NICAUD, « Décisions visant à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision d'enquête européenne : absence de caractère juridictionnel », *Dalloz actualité*, 17 septembre 2021.

²⁰²⁸ Lecture combinée des dispositions 14(1) et 14(5) directive DEE.

décision d'émission de la DEE, prévue uniquement dans l'Etat membre d'émission²⁰²⁹. La protection juridictionnelle effective lors de l'exécution de la DEE est donc relative. Partant, afin que les personnes concernées par l'exécution d'une DEE émise ou validée par une autorité judiciaire de l'Etat membre d'émission puissent utilement exercer leur droit garanti à l'article 47 de la Charte, il incombe de veiller à ce qu'elles disposent d'un recours devant une juridiction qui leur permet de contester la nécessité et la régularité de cette décision, à tout le moins, eu égard aux motifs de fond qui en sont à l'origine dans l'Etat membre d'émission²⁰³⁰.

En conséquence²⁰³¹, l'émission d'une DEE dont il existe des « *motifs sérieux de croire que l'exécution aboutirait à une violation de l'article 47 de la Charte et dont l'exécution devrait donc être refusée par l'Etat membre d'exécution conformément à l'article 11, paragraphe 1, sous f), de cette directive* » n'est pas compatible avec les principes de confiance mutuelle et de coopération loyale²⁰³² et doit être écartée²⁰³³. La formulation rappelle quelque peu celle des jurisprudences *Aranyosi et LM* mais vise cette fois l'Etat membre d'émission²⁰³⁴. L'absence de recours est en effet une défaillance systémique du système de justice de l'Etat d'émission et conduit à la violation individuelle et concrète du droit à un recours équitable et effectif de la personne concernée par la DEE²⁰³⁵. Au regard de la formulation assez maladroite, l'émission de la DEE semble ne pas autorisée uniquement par pragmatisme, parce qu'il est fort probable que cette DEE ne soit pas exécutée.

Il est vrai que la CJUE opère selon une logique particulière : elle veut éviter que la présomption de confiance mutuelle et de protection des droits fondamentaux²⁰³⁶ soit

²⁰²⁹ Points 40 et 48 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰³⁰ Points 41 et 49 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰³¹ Points 51 à 62 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰³² Point 60 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰³³ Malgré la formulation, il ne s'agit pas d'un simple motif de non-reconnaissance de la décision par l'Etat membre d'exécution fondé sur « *des motifs sérieux de croire que l'exécution de la décision [...] serait incompatible avec les droits fondamentaux* » (art. 11, § 1, f directive DEE), mais d'une interdiction d'émission pour cause d'exclusion du principe de reconnaissance mutuelle. Voir aussi B. NICAUD, « CJUE : émission d'une décision d'enquête européenne et voies de recours », *Dalloz actualité*, 6 Décembre 2021.

²⁰³⁴ Voir *infra* le développement sur la transposabilité de la méthodologie.

²⁰³⁵ Voir *supra* développement sur ces jurisprudences. Il semble que l'on se situe déjà au-delà du risque.

²⁰³⁶ Point 54 de l'arrêt *Gavanozov II*.

renversée trop facilement. En effet, l'impossibilité de contester la nécessité et la régularité d'une DEE ayant pour objet des mesures pouvant violer les droits fondamentaux de l'UE constitue une violation du droit à un recours effectif de nature à exclure que la reconnaissance mutuelle puisse être mise en œuvre et lui profiter²⁰³⁷. L'Etat membre d'exécution ne peut pas se prêter à une telle violation et il appartient à l'Etat membre d'émission de prévoir un tel recours afin (r)établir la confiance mutuelle nécessaire à la reconnaissance mutuelle²⁰³⁸. L'anticipation d'une protection juridictionnelle doit donc conduire à faire confiance²⁰³⁹ et protéger l'efficacité de la DEE en évitant l'application systématique du motif de non-exécution relatif aux droits fondamentaux de l'article 11(1)f de la directive DEE²⁰⁴⁰. Pour rappel, ce motif de refus est aussi une garantie compensatoire face à l'absence de qualités spécifiques de l'autorité judiciaire d'émission²⁰⁴¹ mais elle doit être une solution de dernier recours.

La question de l'extension de l'obligation de voie de recours contre l'émission d'une DEE ayant pour objet d'autres mesures ainsi que sa forme devrait se poser à l'avenir²⁰⁴². L'exigence de recours ne résout pas non plus toutes les difficultés et la marge d'appréciation restante des Etats membres laisse encore d'importantes questions en suspens telles que la qualité à agir, les intérêts protégés, les sanctions de l'irrégularité dans l'Etat membre d'exécution etc. Même en cas de recours possible, la directive exige uniquement que l'Etat d'émission tienne compte du succès éventuel de la contestation, conformément à son droit national, dans le respect des droits de la défense et de l'équité de la procédure lors de l'évaluation des éléments de preuve obtenus²⁰⁴³. La protection juridictionnelle des droits fondamentaux reste donc limitée. L'utiliser comme argument afin d'écarter l'exigence d'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission de la DEE l'est d'autant plus.

La définition de la notion d'autorité judiciaire n'est pas le seul point problématique.

²⁰³⁷ Point 56 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰³⁸ Points 57 et 58 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰³⁹ Point 59 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰⁴⁰ Point 59 de l'arrêt *Gavanozov II*.

²⁰⁴¹ Voir *supra*.

²⁰⁴² B. NICAUD, « CJUE : émission d'une décision d'enquête européenne et voies de recours », *Dalloz actualité*, 6 Décembre 2021.

²⁰⁴³ Article 14(7) de la directive DEE. Cet élément est pourtant mis en avant comme un avantage par la CJUE au point 62 de l'arrêt *A et a*.

Section 2: Les difficultés de mise en œuvre de la méthodologie *Aranyosi* : un encadrement excessif de la protection concrète des droits fondamentaux ?

La reconnaissance d'un motif de non-exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux est venue améliorer l'articulation des principes structurants de la coopération judiciaire pénale. Dans ce cadre, la reconnaissance d'une protection plus concrète des droits fondamentaux et d'une dimension matérielle de la confiance mutuelle est un élément crucial. Pour des raisons d'efficacité, cette dimension plus concrète et substantielle de ces principes structurants reste moins développée et relève du domaine des exceptions à l'obligation de reconnaissance et d'exécution du MAE. Afin d'assurer le caractère exceptionnel du motif de non-exécution du MAE, la CJUE a encadré son application en imposant un contrôle en deux étapes du risque de violation du droit fondamental. De ce fait, la CJUE semble rechercher une méthode de protection des droits fondamentaux standardisée et adaptée au MAE. La méthodologie imposée peut pourtant sembler encore trop restrictive vis-à-vis de la possibilité et de la nécessité de protection concrète des droits fondamentaux.

De façon générale, les étapes de contrôle *in abstracto* et *in concreto* telles qu'actuellement définies par la CJUE soulèvent des questions quant à leur généralisation et vont engendrer certaines difficultés de mise en œuvre **(1)**. En particulier, les différentes étapes du contrôle *in concreto* renforcent la critique concernant la relativisation de la protection concrète des droits fondamentaux. L'obligation de report semble une sous-étape supplémentaire excessivement tournée vers l'exécution du MAE alors que la situation justifierait déjà le contraire **(2)**. C'est également lors du contrôle *in concreto* que la délivrance d'assurances de la part de l'Etat membre d'émission et de son autorité judiciaire est acceptée. Il est alors possible, voire obligatoire, d'exécuter le MAE malgré le caractère avéré du risque **(3)**.

Enfin, la question de la généralisation de la méthodologie « *Aranyosi* » et de la protection concrète des droits fondamentaux par le biais d'un motif encadré de non-exécution se pose au-delà du seul cadre du MAE²⁰⁴⁴. La CJUE pourrait vouloir transposer sa méthodologie dans le cadre des autres instruments de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire pénale, en particulier la DEE. La transposition ne va cependant pas

²⁰⁴⁴ Voir par exemple A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, « Drawing Red Lines With No (Significant) Bite – Why an Individual Test Is Not Appropriate in the LM Case », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/drawing-red-lines-with-no-significant-bite-why-an-individual-test-is-not-appropriate-in-the-lm-case/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

de soi et n'est pas automatique. Outre les difficultés déjà relevées lors de la critique de la méthodologie « *Aranyosi* » lors de la mise œuvre du MAE, la question est de savoir si cette transposition est possible et, dans l'affirmative, pertinente et nécessaire **(4)**.

1) La portée de la méthodologie du contrôle en deux étapes dans le cadre du MAE

La CJUE impose un contrôle en deux étapes du risque réel de violation de l'interdiction posée à l'article 4 CDFUE ou du droit garanti à l'article 47(2) CDFUE avant d'accepter l'application du motif exceptionnel de non-exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux. Elle applique une même méthodologie dans ses arrêts *Aranyosi*, *LM*, *Dorobantu*, *ML* et *L et P*. A l'instar de la standardisation de la procédure de remise par la DC MAE, la CJUE semble vouloir standardiser et généraliser la forme que doit prendre la protection concrète des droits fondamentaux dans le cadre du MAE. Il s'avère cependant que la méthodologie « *Aranyosi* » pose certaines questions importantes qui devront être résolues par la CJUE si elle poursuit dans cette voie. Le caractère inachevé de la méthodologie et la difficile application pratique du motif de non-exécution du MAE réduisent encore la dimension matérielle de la confiance mutuelle et la protection concrète des droits fondamentaux de l'Union. La contrepartie n'est cependant pas toujours la plus grande efficacité du mécanisme de reconnaissance mutuelle. Le résultat immédiat de l'arrêt *Aranyosi* n'a été que d'augmenter le nombre de questions préjudicielles des juridictions nationales²⁰⁴⁵.

Tout d'abord, en raison de son approche « au cas par cas », la CJUE laisse ouverte la question de l'extension du motif de non-exécution du MAE, en combinant l'article 1(3) DC MAE avec d'autres dispositions de la Charte que ses articles 4 ou 47 alinéa 2. Cette question amène ensuite logiquement à celle du niveau de protection accordé.

La CJUE a pour l'instant limité le recours au motif de non-exécution du MAE à deux droits : l'interdiction absolue de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants ainsi que le droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial qui appartient au contenu essentiel du droit à un procès équitable. Afin de justifier et de limiter la reconnaissance d'un tel motif de refus, la CJUE a particulièrement insisté sur l'importance particulière des droits protégés.

De manière générale, le choix de protéger concrètement une personne contre le risque de violation d'un droit absolu est salutaire et représente le minimum vital. En principe, un droit absolu n'est pas soumis à une quelconque forme de proportionnalité ou

²⁰⁴⁵ S. PEERS, « Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper? », EU Law Analysis blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

de relativisation²⁰⁴⁶. Seule l'imposition d'un seuil d'activation du droit est acceptable et acceptée²⁰⁴⁷. La première extension envisageable qui devrait poser le moins de difficulté serait alors la reconnaissance d'un motif de refus d'exécution du MAE fondé sur l'article 1(3) DC MAE et l'article 2 de la CDFUE, qui garantit le droit à la vie. Le droit à la vie est considéré comme un droit absolu, peut-être même le seul hormis l'interdiction de l'article 4 de la CDFUE. La protection concrète « complète » de son contenu est envisageable. Cette hypothèse est néanmoins assez improbable au regard de l'abandon de la peine de mort par les Etats membres de l'Union²⁰⁴⁸. De même, un risque réel de mort en raison de tortures, de peines ou traitements inhumains ou dégradants devrait être traité et anticipé à travers le risque réel de violation de l'interdiction prévue à l'article 4 de la CDFUE.

Au regard de la jurisprudence de la CJUE, les autres extensions envisageables du motif de refus fondé sur l'article 1(3) DC MAE viseraient *a priori* la protection concrète du contenu essentiel des autres droits fondamentaux de la CDFUE. La CJUE n'a pour l'instant pas procédé à une telle extension concernant d'autres droits que celui de l'article 47(2) dont le contenu essentiel « revêt une importance cardinale en tant que garant de la protection de l'ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union »²⁰⁴⁹. La CJUE a notamment écarté l'application de sa méthodologie « *Aranyosi* »²⁰⁵⁰ dans l'arrêt *Piotrowski*²⁰⁵¹ concernant la protection du contenu essentiel du droit de l'enfant, article 24 de la CDFUE. Le refus de la CJUE avait cependant été justifié au regard d'une protection concrète des droits de l'enfant déjà existante bien que limitée²⁰⁵². Il est aussi vrai que les renvois préjudiciels n'ont pour l'instant porté que sur ces droits-là, limitant ainsi les possibilités de réponse de la CJUE à trois droits fondamentaux de la CFUE. La jurisprudence « *Piotrowski* » n'était pas un refus général définitif d'extension du motif

²⁰⁴⁶ Point 84 de l'arrêt *Dorobantu*.

²⁰⁴⁷ Référence au seuil de gravité lié à l'interdiction de l'article 4 CDFUE au point 59 de l'arrêt *Dorobantu*. Concernant le droit à la vie, article 2 CDFUE, de nouvelles problématiques comme l'IVG ou l'euthanasie sont par exemples progressivement venues questionner les contours et donc l'activation de ce droit.

²⁰⁴⁸ I. ZAMFIR, European Parliamentary Research Service, « The death penalty and the EU's fight against it », PE 635.516, February 2019.

²⁰⁴⁹ Point 48 de l'arrêt *LM*.

²⁰⁵⁰ E. LOFREDI, « L'arrêt David Piotrowski de la Cour de justice : confiance mutuelle 1 – spécificité du droit pénal des mineurs 0 », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/05/03/informations-generales/larret-david-piotrowski-de-la-cour-de-justice-confiance-mutuelle-1-specificite-du-droit-penal-des-mineurs-0/>, 2018, dernière consultation novembre 2019. ; F. GAZIN et C. HAGUENAU-MOIZARD, « La Cour de justice de l'Union et le voleur de bicyclette : une occasion manquée d'étendre la jurisprudence *Aranyosi* », *RTD Eur.*, 2019, pages 351 à 355.

²⁰⁵¹ CJUE (grande chambre), 23 janvier 2018, *Dawid Piotrowski*. Affaire C-367/16.

²⁰⁵² Voir *supra* Partie I Chapitre 2 Section 1.

puisque l'arrêt *LM* est intervenu par après. Certains renvois préjudiciels futurs pourraient ainsi porter sur d'autres droits et par exemple conduire la CJUE à se prononcer sur la pratique de certaines juridictions qui reconnaissent un motif de refus lié au respect du droit à la vie privée et familiale. En effet, la Cour de cassation française²⁰⁵³ a plusieurs fois admis la non-exécution du MAE en cas d'atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale sur le fondement de l'article 8 de la CEDH²⁰⁵⁴. La CJUE pourrait se prononcer sur l'extension du motif fondé sur l'article 1(3) DC MAE par sa combinaison avec l'article 7 CDFUE. Cela permettrait notamment d'observer s'il existe une forme de hiérarchisation des droits fondamentaux du droit de l'Union ou si tous les droits fondamentaux non absolus de la CDFUE disposent d'un contenu essentiel qui « revêt une importance cardinale ». Si certains droits fondamentaux ne pouvaient pas fonder d'exception concrète à la présomption de confiance mutuelle, cette approche serait *a priori* contraire à l'obligation générale de protéger l'ensemble des droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union européenne. Afin de remédier à cette incertitude, certains auteurs défendent la création d'une « réserve européenne générale » textuelle et explicite²⁰⁵⁵. Cet idée n'a pas encore été entendue dans le cadre de la DC MAE qui n'a pas été modifiée dans ce sens mais elle apparaît clairement dans la directive DEE²⁰⁵⁶.

Même si l'on admet un contenu essentiel à chaque droit fondamental susceptible de fonder et d'étendre le motif de non-exécution du MAE, comment le déterminer ? Au regard de la jurisprudence de la CJUE, le contenu essentiel des droits fondamentaux est lié à la protection des valeurs fondamentales communes de l'UE consacrées à l'article 2 du TUE. Dans sa jurisprudence *Aranyosi*²⁰⁵⁷, *Dorobantu*²⁰⁵⁸ et *ML*²⁰⁵⁹, la CJUE lie l'ensemble du contenu de l'article 4 CDFUE au respect de la dignité humaine. Dans son arrêt *LM*, elle connecte l'essence de l'article 47 alinéa 2 CDFUE avec la préservation de

²⁰⁵³ B. AUBERT, « De quelques évolutions en matière de mandat d'arrêt européen », *AJ Pénal*, 2017, pages 111 à 114.

²⁰⁵⁴ Voir notamment les arrêts Cass. crim. 12 mai 2010 n°10-820.746 et Cass. crim. 22 sept 2010 n°10-86.237. et voir surtout *supra* Partie I Chapitre 2 Section 2 2) a).

²⁰⁵⁵ M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review* 2019, Volume 15, Issue 1, pages 17 à 48.

²⁰⁵⁶ Voir *supra* et *infra*.

²⁰⁵⁷ Confirmation rétrospective au point 45 de l'arrêt *LM*.

²⁰⁵⁸ Points 60, 62 de l'arrêt *Dorobantu*.

²⁰⁵⁹ Voir notamment point 90 de l'arrêt *ML*.

l'état de droit²⁰⁶⁰. L'essence des droits fondamentaux pourrait donc être définie par la CJUE à la lumière des valeurs de l'art 2 TUE.

In fine, le contenu essentiel plus ou moins étendu d'un droit dépend de la volonté de la CJUE²⁰⁶¹ puisque ces différentes valeurs n'ont elles-mêmes pas été définies de façon claire et unanime dans l'ensemble de l'Union européenne²⁰⁶². Cependant, la CJUE ne peut ignorer les divergences d'appréciation existantes au sein des Etats membres. L'Allemagne a par exemple une approche plus large des droits et principes fondamentaux liés au respect dignité humaine protégée à l'article 1 de sa Loi fondamentale²⁰⁶³. Les autorités judiciaires allemandes pourraient revendiquer le rattachement d'autres droits fondamentaux à la valeur de dignité humaine afin d'étendre la liste des droits fondamentaux combinés à l'article 1(3) DC MAE et l'application du motif de non-exécution. Il semble difficile pour la CJUE de maîtriser seule la définition du contenu essentiel. La Cour constitutionnelle allemande a ainsi validé la jurisprudence *Aranyosi, Dorobantu* au regard des exigences découlant de sa Loi fondamentale²⁰⁶⁴. La Cour constitutionnelle maintient toujours la possibilité de se livrer à titre exceptionnel à un contrôle du respect de l'identité constitutionnelle par le DUE. La définition de la CJUE du contenu essentiel du droit de l'article 4 CDFUE par son lien à la valeur de la dignité humaine a donc été possible à condition d'être acceptée par les juges nationaux. Les valeurs de l'article 2 TUE pourraient aussi ne pas être les seuls éléments pris en compte lors de la détermination du contenu essentiel des droits fondamentaux de la CDFUE²⁰⁶⁵. En-dehors du cadre de la coopération judiciaire pénale, la CJUE a en effet déjà déterminé le contenu essentiel de l'article 31(2) de la CDFUE en s'appuyant sur le fait que le droit visé trouvait sa source dans divers instruments internationaux, dont la charte sociale européenne²⁰⁶⁶. Ainsi, d'autres considérations telles que la CEDH et la jurisprudence de la

²⁰⁶⁰ Point 48 de l'arrêt *LM*.

²⁰⁶¹ M. LELOUP, « The appointment of judges and the right to a tribunal established by law: The ECJ tightens its grip on issues of domestic judicial organization: Review Simpson », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1139 à 1162.

²⁰⁶² Voir *supra*.

²⁰⁶³ Voir *supra*.

²⁰⁶⁴ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats, 1. Dezember 2020, 2 BvR 1845/18 & 2 BvR 2100/18. Voir développement *supra* Partie I Chapitre 2 Section 2, 2) b).

²⁰⁶⁵ M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue n°1, 2019, pages 17 à 48.

²⁰⁶⁶ CJUE (grande chambre), 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*. Affaire C-684/16. Voir notamment point 52 de l'arrêt.

CourEDH ou certaines traditions constitutionnelles pourraient jouer lors de la détermination du contenu essentiel du droit fondamental susceptible de fonder un motif de non-exécution du MAE²⁰⁶⁷. Cela répondrait notamment à la nouvelle jurisprudence du deuxième sénat de la Cour constitutionnelle allemande²⁰⁶⁸.

Outre le périmètre de la protection concrète des droits fondamentaux, la CJUE semble standardiser le degré de protection. La référence au « *contenu essentiel* » du droit fondamental fait visiblement écho au contenu essentiel visé dans l'article 52(1) de la CDFUE. Selon cette disposition, « *(t)oute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit (...) respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés* ». Dans le cadre de la méthodologie « *Aranyosi* », le contenu essentiel visé ne représenterait alors que le minimum de protection obligatoire du droit concerné. Dans le cadre d'un droit absolu, puisque l'ensemble de son contenu est essentiel, il représente à la fois le maximum et le minimum²⁰⁶⁹. L'efficacité du MAE et la lutte contre la criminalité grave sont des limitations « *nécessaires* » qui « *répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union* » et justifient une protection concrète minimum « *(d)ans le respect du principe de proportionnalité* ». Le motif de refus d'exécution assurerait les droits fondamentaux de l'Union européenne *a minima*.

Les contours du caractère absolu et de son contenu essentiel sont notamment déterminés au regard de la jurisprudence de la CourEDH. Dans ses arrêts *ML* et *Dorobantu*, la CJUE a, sur le fondement de l'article 52(3)²⁰⁷⁰, fait référence à la jurisprudence de la CourEDH relative à l'article 3 de la CEDH et, plus précisément, à l'arrêt du 20 octobre 2016, *Muršić c. Croatie*²⁰⁷¹ afin de dégager les critères d'examen de la conformité des conditions de détention à la dignité humaine et à l'interdiction de l'article 4 CDFUE²⁰⁷². Le niveau concret « standardisé » de protection est donc équivalent aux standards minimaux du système de la CEDH. La CJUE ne semble pas vouloir aller

²⁰⁶⁷ M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue n°1, 2019, pages 17 à 48.

²⁰⁶⁸ Voir *supra* Partie I Chapitre 2 Section 2 2) b).

²⁰⁶⁹ Voir *supra*.

²⁰⁷⁰ Voir notamment point 58 de l'arrêt *Dorobantu*.

²⁰⁷¹ Points 70 à 79 de l'arrêt *Dorobantu*.

²⁰⁷² Points 91 à 100 de l'arrêt *ML*.

Confirmation points 71 à 74 de l'arrêt *Dorobantu* (référence à la jurisprudence de la CourEDH ou aux points de l'arrêt LM qui intègre cette jurisprudence), puis précisions de certains aspects aux points 75 à 77.

au-delà. La CJUE met d'ailleurs en avant la validation par la CourEDH de sa méthodologie et du niveau de protection qui y est accordé dans l'arrêt *Romeo Castaño c. Belgique* du 9 juillet 2019²⁰⁷³. Pourtant, la France a ensuite été condamnée en 2021 en raison de sa mise en œuvre de la méthodologie *Aranyosi* dans un arrêt *Moldovan* de la CourEDH²⁰⁷⁴. L'application directe de notions²⁰⁷⁵ ou de critères de la CEDH en l'absence de normes minimales européennes en matière de détention²⁰⁷⁶ peut être favorable aux droits fondamentaux mais la tendance voudrait que la protection offerte soit plus autonome²⁰⁷⁷ et devienne progressivement supérieure. Cela pourrait autrement poser difficulté puisqu'en pratique l'évaluation de la protection « adéquate » ou « suffisante » ne dépend pas uniquement de la CJUE mais suppose l'acceptation implicite ou explicite des Etats membres²⁰⁷⁸. La Cour constitutionnelle allemande a explicitement validé le choix des critères d'évaluation et de calcul de l'espace personnel de la CJUE²⁰⁷⁹.

Concernant le contenu essentiel du droit à un procès équitable, la CJUE n'a pas retenu l'exigence du déni flagrant de justice posée par la CourEDH mais a préféré le critère du risque réel²⁰⁸⁰. La méthodologie « *Aranyosi* » conduit pourtant à une exigence équivalente malgré la plus grande facilité d'activation de la protection concrète apparente²⁰⁸¹. La CJUE est aussi pour l'instant restée muette concernant d'autres aspects

²⁰⁷³ Voir notamment § 86 de la décision CEDH (deuxième section), 9 juillet 2019, *Romeo Castaño c. Belgique*, (Requête n°8351/17).

F. BENOÎT-ROHMER fait le lien entre la jurisprudence *Dorobantu* de la CJUE et l'arrêt *Castaño* de la CourEDH au regard du besoin d'appréciation individuelle de la situation de la personne posée par la CourEDH : voir F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique UE et droits fondamentaux - Interdiction des traitements inhumains et dégradants et conditions de détention (art. 4 de la Charte) », *RTD Eur.*, 2020, pages 312 à 313.

²⁰⁷⁴ CEDH (cinquième section), 25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c. France*, (Requêtes n°40324/16 et 12623/17).

²⁰⁷⁵ Voir en ce sens CJUE (quatrième chambre), 28 juillet 2016, *JZ. Affaire C-294/16 PPU* sur la notion de détention.

²⁰⁷⁶ Point 90 de l'arrêt *ML*.

²⁰⁷⁷ Á. MOHAY, « Plot twist? Case C-128/18 *Dorobantu*: detention conditions and the applicability of the ECHR in the EU legal order », *EU Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/10/plot-twist-case-c-12818-dorobantu.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

²⁰⁷⁸ Voir *supra* Partie II, notamment Chapitre 2 Section 2.

²⁰⁷⁹ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats, 1. Dezember 2020, 2 BvR 1845/18 & 2 BvR 2100/18.

²⁰⁸⁰ Absence de référence à la jurisprudence de la CourEDH : C. DUPRÉ, « Individuals and Judges in Defense of the Rule of Law », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/individuals-and-judges-in-defense-of-the-rule-of-law/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

²⁰⁸¹ Cela explique peut être l'ambiguïté de la formule du « *risque réel de déni de justice flagrant* » au point 46 de l'arrêt *LM*.

liés à la qualité de la procédure pénale²⁰⁸². Enfin, il existe au moins en apparence une forme d'instrumentalisation de la valeur de l'état de droit de l'UE. Le droit à un recours effectif et l'indépendance du pouvoir judiciaire apparaît davantage comme un garant de la primauté et de l'uniformité du droit de l'Union que comme une garantie relative aux droits fondamentaux²⁰⁸³. Cette approche limite le rôle du pouvoir judiciaire dans la gestion de la crise de l'état de droit au-delà de la coopération judiciaire.

La protection est aussi standardisée au travers de la procédure de contrôle en deux étapes. Les autorités judiciaires d'exécution du MAE ont une importante charge de travail et une grande responsabilité qui peuvent paraître excessives au regard du caractère parfois inadapté de ces étapes face aux particularités du droit fondamental visé. La procédure de contrôle donne également une responsabilité aux individus dans la protection de leurs propres droits fondamentaux²⁰⁸⁴. La personne doit mettre en avant une situation de risque²⁰⁸⁵. Rendre les individus davantage acteurs de leur protection peut être une idée intéressante mais l'effort qui leur est demandé doit être adapté.

La première étape de contrôle, *in abstracto*, exige de démontrer la réalité de défaillances systémiques ou généralisées en matière de détention²⁰⁸⁶ ou relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire²⁰⁸⁷. Ces défaillances justifient et limitent l'exception relative aux droits fondamentaux au regard de la gravité particulière de la situation globale dans l'Etat membre d'émission, quel que soit le droit visé et sa nature.

L'interdiction de la torture, des traitements ou peines inhumains ou dégradants de l'article 4 CDFUE vise pourtant très directement l'individu et sa dignité sans que soit forcément visé un aspect institutionnel ou structurel, même si celui-ci peut exister. L'effet

²⁰⁸² C. DUPRÉ, « Individuals and Judges in Defense of the Rule of Law », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/individuals-and-judges-in-defense-of-the-rule-of-law/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

²⁰⁸³ J. GENEUSS, A. WERKMEISTER, « Faire Strafverfahren vor systemisch abhängigen Gerichten?: Europäischer Haftbefehl und Recht auf ein unabhängiges Gericht: Überlegungen anhand des Celmer-Urteils des EuGH », *ZStW* 132(1), 2020, pages 102 à 132.

²⁰⁸⁴ W. VAN BALLEGOOIJ, P. BÅRD, « The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU » *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/the-cjeu-in-the-celmer-case-one-step-forward-two-steps-back-for-upholding-the-rule-of-law-within-the-eu/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

²⁰⁸⁵ Point 88 de l'arrêt *Aranyosi* , point 59 de l'arrêt *ML* , point 51 de l'arrêt *Dorobantu*.

²⁰⁸⁶ Point 89 de l'arrêt *Aranyosi* , point 60 de l'arrêt *ML* , point 52 de l'arrêt *Dorobantu*.

²⁰⁸⁷ Point 61 de l'arrêt *LM* , point 52 de l'arrêt *L et P*.

justificatif du contrôle *in abstracto* est relatif et inadapté de ce point de vue. Cette étape complique l'application du motif de refus²⁰⁸⁸ tandis que le seuil d'activation de la protection concrète de ce droit absolu pourrait déjà avoir été atteint dans le cas individuel²⁰⁸⁹. La seule violation individuelle potentielle de l'interdiction devrait suffire du fait de son caractère absolu et intrinsèquement attaché à l'individu²⁰⁹⁰. C'est la solution d'ailleurs adoptée par la CJUE en matière d'immigration et d'asile²⁰⁹¹ où le seul risque individuel a suffi dans l'arrêt *CK*²⁰⁹². Malgré la volonté de la CJUE de maintenir l'objectif d'efficacité par ce biais, l'effet filtrant du contrôle *in abstracto* pourrait être relativisé en pratique, en raison de la généralisation des problèmes de surpopulation carcérale dans divers Etats membres. La France a déjà été sous la menace d'un arrêt pilote de la CourEDH²⁰⁹³ et la cadence à laquelle la CourEDH rend ses arrêts ainsi que l'augmentation des rapports alarmants au niveau international et européen sur l'état des prisons seront autant d'arguments futurs et incontestables. Malgré une tendance à voir le taux

²⁰⁸⁸ M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue n°1, 2019, pages 17 à 48.

²⁰⁸⁹ Détails *infra*.

²⁰⁹⁰ J. GENEUSS, A. WERKMEISTER, « Faire Strafverfahren vor systemisch abhängigen Gerichten?: Europäischer Haftbefehl und Recht auf ein unabhängiges Gericht: Überlegungen anhand des Celmer-Urteils des EuGH », *ZStW* 132(1), 2020, pages 102 à 132.

²⁰⁹¹ M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue n°1, 2019, pages 17 à 48.

²⁰⁹² CJUE (cinquième chambre), 16 février 2017, *C. K. e.a. contre Republika Slovenija*. Affaire C- 578/16 PPU. Voir notamment point 93. Voir à ce sujet : F. BENOÎT-ROHMER, « Les droits relatifs à la dignité humaine. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (art. 4 de la Charte) (CJUE 16 févr. 2017, aff. C-578/16 PPU, C. K., EU:C:2017:127) », *RTD Eur.*, 2018, page 458.

²⁰⁹³ Voir l'article « Prisons : la France réforme sous la menace d'une sanction de la CEDH, Quarante procédures sur les conditions de détention sont pendantes devant la Cour de Strasbourg, ce qui fait craindre un « arrêt pilote » » écrit par J.-B. JACQUIN, paru le 22 novembre 2018 dans le *Journal Le Monde*.

d'incarcération progressivement baisser²⁰⁹⁴, ce type de problèmes ne peut être rapidement résolu²⁰⁹⁵ comme le démontrent les condamnations répétées des Etats²⁰⁹⁶.

Un contrôle *in abstracto* est plus adapté au droit à un procès équitable. Une difficulté relative à la responsabilité persiste néanmoins. Le détermination des défaillances en matière d'indépendance judiciaire et d'état de droit incombe aux autorités judiciaires nationales²⁰⁹⁷. Cette mission est ambiguë. D'un côté, elle renforce la place des autorités judiciaires d'exécution dans le système de coopération judiciaire et de protection des droits fondamentaux. De l'autre côté, la CJUE semble renvoyer à l'autorité judiciaire d'exécution sans prendre sa part de responsabilité²⁰⁹⁸. En raison de sa position de *tiers* dans le système du MAE et de ses fonctions « constitutionnelles », la CJUE devrait participer à la constatation du risque général²⁰⁹⁹. Elle devrait au moins donner des lignes directrices plus précises et claires lors de renvois préjudiciels des juges nationaux. Ce soutien serait particulièrement souhaitable lorsque qu'une juridiction nationale questionne sa propre indépendance²¹⁰⁰. Dans un esprit de complémentarité, la CJUE devrait évaluer

²⁰⁹⁴ Council of Europe, Annual Penal Statistics, « Prison Populations » Report, SPACE I de 2021, PC-CP (2021)11, Strasbourg, 15 December 2021, Updated on 19 April 2022 : https://wp.unil.ch/space/files/2022/05/Aebi-Cocco-Molnar-Tiago_2022_SPACE-I_2021_FinalReport_220404.pdf.

²⁰⁹⁵ Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du Conseil de l'Europe, 31e Rapport général, 1er janvier – 31 décembre 2021: <https://rm.coe.int/1680a63c71>.

²⁰⁹⁶ R. NIBLOCK, « Mutual Recognition, Mutual Trust ? Detention Condition and Deferring an European Arrest Warrant », *New Journal of European Criminal Law*, Volume 7/2016/02, pages 250 à 251.
Un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme CEDH (cinquième section), 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c. France*, (Requête n°9671/15 autres) a condamné la France pour traitements inhumains et dégradants en raison des conditions de détention imposées aux requérants. Les taux d'occupation des prisons concernées révélaient l'existence d'un problème structurel.

²⁰⁹⁷ M. POELEMANS, « Etat de droit et mandat d'arrêt européen : quel rôle pour la Cour de Justice ? », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/26/informations-generales/etat-de-droit-et-mandat-d-arret-europeen-quel-role-pour-la-cour-de-justice/>, 2018, dernière consultation janvier 2020.

²⁰⁹⁸ M. WENDEL, « Afraid of Their Own Courage? Some Preliminary Reflections on LM », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/afraid-of-their-own-courage-some-preliminary-reflections-on-lm/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

Référence à un possible partage des responsabilités via la question préjudicielle : voir A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI and M. SCHMIDT, « A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 983 à 996.

²⁰⁹⁹ M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue n°1, 2019, pages 17 à 48.

²¹⁰⁰ A. SIKORA, « The CJEU and the rule of law in Poland: Note on the Polish Supreme Court preliminary ruling request of 2 August 2018 », *EU Law Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/08/the-cjeu-and-rule-of-law-in-poland-note.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019.

Voir la réponse de la CJUE : CJUE (grande chambre), 19 novembre 2019, *A. K. contre Krajowa Rada Sądownictwa et CP et DO contre Sąd Najwyższy*. Affaires jointes C-585/18, C-624/18 et C-625/18.

ces situations de défaillance en parallèle des recours en manquements²¹⁰¹. Cette solution aurait l'avantage de favoriser l'uniformité de l'appréciation du risque réel général sur une thématique donnée dans un Etat membre au premier niveau du contrôle en deux étapes. Un premier niveau de protection plus « européen » renforcerait ainsi l'autonomie et la concrétisation du standard de protection UE qui fonde la confiance mutuelle. Cela éviterait également une éventuelle « revanche » de l'Etat membre d'émission devenu Etat membre d'exécution²¹⁰². Cet Etat membre pourrait être tenté d'user systématiquement d'un motif de non-exécution, notamment si ses autorités judiciaires sont soumises au gouvernement, contre celui qui l'a en premier accusé de défaillances²¹⁰³. Ce risque pourrait être réduit si la CJUE s'impliquait davantage dans la constatation des défaillances systémiques. À plus long termes, cela éviterait alors une réticence éventuelle de certains Etats membre à employer le motif de non-exécution fondé sur l'article 1(3) DC MAE. Il serait possible de créer un espace plus propice à la discussion qui ne peut exister au niveau national dans le cadre de l'exécution du MAE.

Enfin, la personne recherchée doit invoquer l'existence de défaillances systémiques ou généralisées qui, *selon elle*, sont susceptibles d'affecter l'indépendance du pouvoir judiciaire dans l'Etat membre d'émission²¹⁰⁴. En pratique, un « phénomène d'habitude » des autorités judiciaires d'exécution pourrait voir le jour, du moins face à certains Etats membres faisant l'objet d'une des procédures de l'article 7 TUE. Elles

²¹⁰¹ Existence de recours en manquement en parallèles de renvois préjudiciels sur le sujet de l'état de droit : F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique UE et droits fondamentaux - État de droit », *RTD Eur.*, 2018, page 453. Voir notamment CJUE (cinquième chambre), 4 octobre 2018, *Commission contre République française*. Affaire C-416/17. Recours en manquement au titre de l'article 258 TFUE. ; CJUE (grande chambre), 24 juin 2019, *Commission européenne contre République de Pologne*. Affaire C-619/18. Recours en manquement au titre de l'article 258 TFUE.

Sur ces recours et autres :

F. GREMMELPREZ, « Does Poland infringe the principle of effective judicial protection? Recent developments in the CJEU », *EU Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/04/does-poland-infringe-principle-of.html>, 2019, dernière consultation décembre 2019. ; L. PECH, S. PLATON, « The beginning of the end for Poland's so-called "judicial reforms"? Some thoughts on the ECJ ruling in *Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case)* », *EU Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/06/the-beginning-of-end-for-polands-so.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

²¹⁰² À l'instar de la procédure en manquement entre Etats membres : ceux-ci évitent de déclencher une telle procédure contre un autre Etat membre par peur de faire l'objet d'une procédure en manquement en retour.

²¹⁰³ T. KONSTADINIDES se pose la question si les juges polonais dépendants vont refuser d'exécuter les MAE des autres Etats membres : voir T. KONSTADINIDES, « Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM », *Common Market Law Review* 56, 2019, pages 743 à 770.

²¹⁰⁴ Point 60 de l'arrêt *LM*.

feraient alors un examen presque d'office et plus rapide. L'OLG de Karlsruhe a déjà estimé que la remise vers la Pologne était fortement présumée inadmissible²¹⁰⁵.

La seconde étape de contrôle, *in concreto*, exige d'apprécier de manière concrète et précise si, dans les circonstances de l'espèce, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la personne courra un risque réel d'être soumise à un traitement inhumain ou dégradant en raison de ses conditions individuelles de détention²¹⁰⁶ ou si ladite personne courra un risque réel de violation de son droit à un tribunal indépendant et partant, du contenu essentiel de son droit à un procès équitable, eu égard à sa situation personnelle, à la nature de l'infraction et le contexte factuel de l'émission du MAE²¹⁰⁷. Ce contrôle constitue *a priori* le principal échappatoire à l'application du motif jurisprudentiel de non-exécution du MAE. Ses différentes sous-étapes permettent de revenir vers une exécution du MAE : l'individualisation du risque, l'obligation de report de la décision sur l'exécution du MAE avant son abandon²¹⁰⁸, la possibilité de recourir à une assurance²¹⁰⁹.

La seule individualisation du risque réel complique déjà en soi fortement l'application du motif de refus. C'est particulièrement vrai concernant le droit à un procès équitable où le niveau de contrôle n'est pas forcément adéquat. L'affaire *LM* s'est d'ailleurs soldée par la remise de la personne recherchée²¹¹⁰. Une première difficulté apparaît notamment dans le cadre du système d'échange d'informations prévu à l'article 15(2)(3) DC MAE entre les autorités judiciaires d'émission et d'exécution complique le contrôle²¹¹¹. L'autorité judiciaire d'émission, à laquelle l'autorité judiciaire d'exécution *doit* faire confiance, est amenée à juger son propre système judiciaire ou pénitentiaire tandis que son indépendance autorise en temps normal les instructions générales de la part du

²¹⁰⁵ Voir notamment Oberlandesgericht Karlsruhe, Beschluss des Ersten Strafsenat vom 17. Februar 2020, 301 AR 156/19. à ce sujet lire T. WAHL, « Fair Trial Concerns: German Court Suspends Execution of Polish EAW », *Eu crim*, Issue 1/2020, avril 2020, pages 27 à 28.

²¹⁰⁶ Points 92 et 94 de l'arrêt *Aranyosi*, point 62 de l'arrêt *ML*, points 55 et 66 de l'arrêt *Dorobantu*.

²¹⁰⁷ Points 74 et 75 de l'arrêt *LM*, point 52 de l'arrêt *L et P*.

²¹⁰⁸ Point 98 de l'arrêt *Aranyosi*, point 65 de l'arrêt *ML*.

²¹⁰⁹ Points 108 à 114 de l'arrêt *ML*.

²¹¹⁰ J. GENEUSS, A. WERKMEISTER, « Faire Strafverfahren vor systemisch abhängigen Gerichten?: Europäischer Haftbefehl und Recht auf ein unabhängiges Gericht: Überlegungen anhand des Celmer-Urteils des EuGH », *ZStW* 132(1), 2020, pages 102 à 132.

²¹¹¹ B. NICAUD estime que cette étape laisse en effet dubitatif : voir B. NICAUD, « Exécution du mandat d'arrêt européen contre risque de violation du procès équitable, Décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne 25-07-2018 n° C-216/18 », *AJ Pénal*, 2018, pages 475 à 476.

pouvoir exécutif²¹¹². Elle devient alors juge et partie²¹¹³. Son appréciation va potentiellement toucher à sa réputation et celle du pouvoir exécutif dont il dépend²¹¹⁴. Le problème est accentué si cette autorité est elle-même éventuellement touchée par un manque d'indépendance²¹¹⁵. Il est utopique de croire qu'une autorité peut être considérée comme suffisamment indépendante en tant qu'autorité judiciaire pour évaluer la situation d'une autre juridiction compétente alors qu'elle peut elle-même être touchée en tant qu'autorité juridictionnelle d'un manque d'indépendance sans que ces situations ne s'influencent.

Ensuite, dans le cadre du droit à un tribunal indépendant, le niveau de preuve et sa spécificité sont importants et restreignent la constatation du risque réel individuel²¹¹⁶. L'autorité judiciaire d'exécution doit constater la répercussion des défaillances systémiques/générales du système judiciaire sur les juridictions compétentes pour connaître des procédures auxquelles sera soumise la personne recherchée²¹¹⁷ avant de pouvoir observer la situation réellement individuelle de la personne. Cela demande une connaissance importante en droit comparé de l'autorité judiciaire d'exécution²¹¹⁸ et/ou une demande d'informations à l'autorité judiciaires d'émission, qui peut faire l'objet d'un doute, sur son propre système. Il s'agit de savoir si les réformes législatives concernent ces juridictions, directement ou indirectement. L'autorité judiciaire d'exécution doit ensuite encore évaluer, « *à la lumière des préoccupations spécifiques exprimées par la personne concernée et des informations éventuellement fournies par celle-ci* », si le manque d'indépendance de ces juridictions peut avoir un impact sur l'équité du procès

²¹¹² Voir *supra* le développement sur la notion d'autorité judiciaire Partie II Chapitre 1 Section 1.

²¹¹³ J. GENEUSS, A. WERKMEISTER, « Faire Strafverfahren vor systemisch abhängigen Gerichten?: Europäischer Haftbefehl und Recht auf ein unabhängiges Gericht: Überlegungen anhand des Celmer-Urteils des EuGH », *ZStW* 132(1), 2020, pages 102 à 132.

²¹¹⁴ W. VAN BALLEGOOIJ, P. BÀRD, « The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU » *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/the-cjeu-in-the-celmer-case-one-step-forward-two-steps-back-for-upholding-the-rule-of-law-within-the-eu/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

²¹¹⁵ B. NICAUD, « Exécution du mandat d'arrêt européen contre risque de violation du procès équitable, Décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne 25-07-2018 n° C-216/18 », *AJ Pénal*, 2018, pages 475 à 476.

²¹¹⁶ P. SONNEVEND, « A Clever Compromise or a Tectonic Shift? The LM Jugment of the CJEU », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/a-clever-compromise-or-a-tectonic-shift-the-lm-jugment-of-the-cjeu/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

²¹¹⁷ Point 74 de l'arrêt *LM*.

²¹¹⁸ C'est-à-dire une connaissance assez étendue du système judiciaire des autres Etats membres.

de la personne à remettre²¹¹⁹. Il n'est pas évident de traduire les éléments relatifs à l'état de droit et aux garanties d'indépendance du pouvoir judiciaire en éléments permettant l'évaluation d'un autre type de garantie, liée à un droit fondamental de la personne recherchée²¹²⁰. Les critères relatifs à la situation personnelle, à la nature de l'infraction et au contexte factuel restent d'ailleurs limités et assez vagues, sans avoir été explicités²¹²¹. La nature politique d'une infraction devrait aussi être prise en compte ainsi que les réactions et déclarations d'autorités publiques susceptibles d'interférer dans le traitement du cas individuel²¹²². La démonstration de l'influence effective de ceux-ci est néanmoins difficile.

Dans le cadre de l'application du motif de refus fondé sur l'article 1(3) DC MAE, le choix d'un niveau de contrôle adapté à la nature du droit fondamental concerné pourrait être une piste intéressante et constituer le « 4e temps jurisprudentiel » de la mise en œuvre du MAE²¹²³. Cette solution permettrait de rapprocher les jurisprudences applicables au MAE et dans le système « Dublin ». La CJUE devrait indiquer quand procéder à un contrôle *in abstracto* ou *in concreto* ou les deux²¹²⁴.

Face aux difficultés d'individualisation du risque de violation du contenu essentiel du droit à un procès équitable, certains auteurs soutiennent l'idée d'une suspension générale du MAE pour défaut général d'indépendance des juges²¹²⁵. L'emploi alternatif de

²¹¹⁹ Point 75 de l'arrêt *LM*.

²¹²⁰ J. GENEUSS, A. WERKMEISTER, « Faire Strafverfahren vor systemisch abhängigen Gerichten?: Europäischer Haftbefehl und Recht auf ein unabhängiges Gericht: Überlegungen anhand des Celmer-Urteils des EuGH », *ZStW* 132(1), 2020, pages 102 à 132.

²¹²¹ P. SONNEVEND, « A Clever Compromise or a Tectonic Shift? The LM Judgment of the CJEU », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/a-clever-compromise-or-a-tectonic-shift-the-lm-jugment-of-the-cjeu/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

²¹²² Point 61 de l'arrêt *L et P*.

²¹²³ E. XANTHOPOULOU, « Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 489 à 509.

²¹²⁴ En matière de politique d'immigration et d'asile, dans la jurisprudence NS de la CJUE la constatation du risque de défaillances généralisées a suffi, voir M. WENDEL, « Afraid of Their Own Courage? Some Preliminary Reflections on LM », *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/afraid-of-their-own-courage-some-preliminary-reflections-on-lm/>, 2018, dernière consultation mars 2020. À l'inverse, un risque individuel a également pu suffire dans la jurisprudence CK de la CJUE, voir F. BENOÎT-ROHMER, « Les droits relatifs à la dignité humaine. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (art. 4 de la Charte) (CJUE 16 févr. 2017, aff. C-578/16 PPU, C. K., EU:C:2017:127) », *RTD Eur.*, 2018, page 458.

²¹²⁵ W. VAN BALLEGOOIJ, P. BÀRD, « The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU » *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/the-cjeu-in-the-celmer-case-one-step-forward-two-steps-back-for-upholding-the-rule-of-law-within-the-eu/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

l'article 19 du TUE²¹²⁶ permettrait par exemple de se passer du contrôle *in concreto* en cas de défaillance systémique relative à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Que se soit sur le fondement de l'article 19 TUE ou 47(2) CDFUE, une telle solution conduirait cependant au moins partie²¹²⁷ à une suspension générale d'origine judiciaire du mécanisme du MAE. La solution de compromis serait-elle alors de se satisfaire, au niveau individuel, de la non-indépendance des juridictions compétentes pour connaître des procédures auxquelles sera soumise la personne à remettre ?

Une autre solution serait de modifier l'enjeu des échanges d'information entre les autorités judiciaires d'exécution et d'émission. Il ne s'agirait plus d'exiger la constatation d'un double risque général et individuel afin de pouvoir écarter l'exécution du MAE mais de renverser un risque individuel présumé lors de la deuxième étape de contrôle *in concreto* en raison d'un risque réel constaté *in abstracto*. Si un risque général est constaté lors du contrôle *in abstracto*, l'Etat membre d'émission aurait en quelque sorte à sa charge de prouver l'absence de risque réel individuel²¹²⁸. Ce n'est que si l'autorité judiciaire d'exécution reçoit des informations permettant d'écarter le risque individuel présumé que le refus d'exécution pourrait alors lui aussi être écarté et la personne remise. Cette solution ne modifie pas la recherche des informations au sujet du cas individuel en elle-même mais plutôt traitement de ces informations et les enjeux de leur obtention. Cette solution aurait un double avantage. Premièrement, la possibilité de refuser l'exécution du MAE serait facilitée sans être excessive. Deuxièmement, la démonstration demandée devrait conduire l'Etat membre d'émission à davantage s'impliquer dans la protection des droits fondamentaux.

La CJUE devra également envisager le potentiel effet cumulatif des risques réels de violations des droits fondamentaux, notamment des articles 4 et 47 alinéa 2 de la CDFUE. Il semble peu pertinent d'appliquer séparément deux fois la même méthode ou des méthodes analogues dans une même affaire, que ce soit du point de vue de

²¹²⁶ M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue n°1, 2019, pages 17 à 48. ; J. GENEUSS, A. WERKMEISTER, « Faire Strafverfahren vor systemisch abhängigen Gerichten?: Europäischer Haftbefehl und Recht auf ein unabhängiges Gericht: Überlegungen anhand des Celmer-Urteils des EuGH », *ZStW* 132(1), 2020, pages 102 à 132.

²¹²⁷ La suspension générale du mécanisme du MAE ne vaudrait uniquement que face à la violation de l'article 47 alinéa 2 CDFUE.

²¹²⁸ J. GENEUSS, A. WERKMEISTER, « Faire Strafverfahren vor systemisch abhängigen Gerichten?: Europäischer Haftbefehl und Recht auf ein unabhängiges Gericht: Überlegungen anhand des Celmer-Urteils des EuGH », *ZStW* 132(1), 2020, pages 102 à 132. Possibilité de prendre des mesures individuelles de garantie.

l'efficacité du MAE ou de la protection concrète des droits fondamentaux. La CJUE devrait aussi réfléchir à l'application simultanée des motifs de refus d'exécution relatifs aux droits fondamentaux dans le cadre de la DEE²¹²⁹ et du MAE dans une même affaire.

Après une critique générale de la méthodologie appliquée par la CJUE, il convient d'étudier plus en détail certains éléments spécifiques du contrôle, dont l'obligation de report.

²¹²⁹ Voir *infra*.

2) L'obligation discutable de report : une étape excessivement tournée vers l'efficacité du MAE

Dans l'arrêt *Aranyosi*, si, après avoir constaté l'existence d'un risque réel général ou systémique, l'autorité judiciaire d'exécution constate qu'il existe un risque réel et individuel de traitement inhumain ou dégradant, l'exécution du MAE doit être reportée mais ne saurait être abandonnée²¹³⁰. Cette obligation est rappelée dans l'arrêt *ML*²¹³¹ sans nouvelles précisions et n'est plus mentionnée dans son arrêt *Dorobantu*. Ce report devrait en principe également concerner le motif de refus d'exécution du MAE relatif à un risque de violation du contenu essentiel du droit à un procès équitable. La CJUE n'a cependant pas confirmé ni même mentionné expressément cette obligation dans ses arrêts *LM* et *L et P*²¹³². Cette absence de rappel est regrettable si la CJUE vise à « généraliser » sa méthodologie *Aranyosi*.

Dans le cadre du report de l'exécution du MAE, une forte obligation de discussion entre autorités judiciaires²¹³³ existe afin d'éventuellement « corriger » la première constatation du risque individuel et éviter l'application du motif de refus relatif aux droits fondamentaux. Le report de la décision d'exécution du MAE peut de prime à bord paraître une proposition équilibrée dans le sens où l'exécution du MAE reste le principe et l'application du motif de refus, une exception strictement interprétée. Le dialogue mis en place est poussé mais devrait laisser à l'autorité judiciaire d'exécution l'appréciation finale de l'existence ou non du risque réel individuel. Dans l'hypothèse où les informations reçues par l'autorité judiciaire d'exécution, avant ou pendant ce report, conduisent finalement à écarter l'existence du risque individuel, l'autorité judiciaire d'exécution doit exécuter le MAE²¹³⁴. Au contraire, si l'existence du risque individuel n'a pu être écartée

²¹³⁰ Point 98 de l'arrêt *Aranyosi*.

²¹³¹ Le point 65 de l'arrêt *ML* ne fait que rappeler l'obligation de report.

²¹³² Elle se retrouve néanmoins dans les Concl. de l'avocat général M. E. Tanchev présentées le 28 juin 2018 dans l'affaire C-216/18 PPU Minister for Justice and Equality contre LM, §80. C. RIZCALLAH, « "Dear Colleague, Are You Independent Enough?" The Fate of the Principle of Mutual Trust in Case of Systemic Deficiencies in a Member State's System of Justice », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/07/dear-colleague-are-you-independent.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019.

²¹³³ Point 103 de l'arrêt *Aranyosi*.

²¹³⁴ Point 103 de l'arrêt *Aranyosi*, point 66 de l'arrêt *ML* lecture *a contrario* du point 78 de l'arrêt *LM*, confirmé au point 61 de l'arrêt *L et P*.

« dans un délai raisonnable »²¹³⁵, l'autorité judiciaire d'exécution doit finalement s'abstenir au titre de l'article 1(3) DC MAE de donner suite au MAE²¹³⁶. Cette solution soulève cependant certaines critiques lorsqu'elle est comprise à la lumière de la jurisprudence *Lanigan*²¹³⁷, qui s'inscrit dans le deuxième temps jurisprudentiel de la mise en œuvre du MAE. Le report apparaît alors comme une étape obligatoire et supplémentaire discutable, excessivement favorable à l'efficacité du MAE.

Conformément à la jurisprudence *Lanigan*, à laquelle fait référence la CJUE dans son arrêt *Aranyosi*, l'Etat membre d'exécution est en principe tenu de respecter les délais d'adoption de la décision sur l'exécution du MAE prévus à l'article 17 de la DC MAE²¹³⁸. Les contrôles imposés par la CJUE en vue de l'application d'un motif de refus relatifs aux droits fondamentaux fondé sur l'article 1(3) DC MAE et l'article 4 ou 47 alinéa 2 CDFUE n'étaient cependant pas originellement prévus dans le système de remise de la décision-cadre et allongent logiquement la durée de la procédure d'exécution du MAE²¹³⁹. Lors du contrôle *in concreto*, l'autorité judiciaire d'exécution peut néanmoins demander des informations complémentaires *en urgence* au titre de l'article 15(2) de la décision-cadre et fixer une date limite de réception à l'autorité judiciaire d'émission afin de pouvoir constater ou non l'existence d'un risque réel individuel. Dans ce cadre, la CJUE avait bien précisé que le délai de réponse prévu par l'autorité judiciaire d'exécution doit tenir compte de la nécessité de respecter les délais fixés à l'article 17 de la décision-cadre²¹⁴⁰. Les contrôles *in abstracto* et *in concreto* devraient alors en principe être effectués de sorte à respecter les délais de l'article 17 DC MAE. A ce stade, l'autorité judiciaire pourrait donc prendre une décision définitive sur l'exécution du MAE. Elle aura en particulier déjà pu constater l'existence de deux risques réels, général et individuel, de violation des

²¹³⁵ Point 104, dernière phrase du dispositif de l'arrêt *Aranyosi*.

²¹³⁶ Point 104, dernière phrase du dispositif de l'arrêt *Aranyosi*, point 78 de l'arrêt *LM* et point 61 de l'arrêt *L et P*.

²¹³⁷ CJUE (grande chambre), 16 juillet 2015, *Minister for Justice and Equality contre Francis Lanigan*. Affaire C- 237/15 PPU.

²¹³⁸ Point 33 de l'arrêt *Lanigan*

²¹³⁹ Éventualité reconnue au point 43 de l'arrêt CJUE (première chambre), 12 février 2019, *TC*. Affaire C-492/18 PPU.

²¹⁴⁰ Point 97 de l'arrêt *Aranyosi*.

Voir points 29 à 32 de l'arrêt *Lanigan* concernant l'importance des délais de l'article 17 DC MAE en général.

droits fondamentaux concernés. C'est à la suite d'une telle constatation que l'exécution du MAE doit être reportée²¹⁴¹.

Le report de la décision d'exécution du MAE va alors intervenir « *dans des circonstances exceptionnelles, (où) un État membre ne peut pas respecter les délais impartis (...)* »²¹⁴², c'est-à-dire au plus tard entre 40²¹⁴³ et 90²¹⁴⁴ jours après l'arrestation de la personne qui fait l'objet du MAE. L'autorité judiciaire d'exécution « *doit reporter sa décision sur la remise de la personne concernée jusqu'à ce qu'elle obtienne les informations complémentaires lui permettant d'écarter l'existence d'un tel risque* »²¹⁴⁵. La CJUE admet le dépassement des délais prévus par la DC MAE et impose un report de l'(in)exécution du MAE sans autre justification particulière que celle de favoriser l'efficacité du MAE. L'obligation de report apparaît comme un moyen supplémentaire de réduire la protection concrète des droits fondamentaux mise en place par le motif de refus jurisprudentiel. A l'inverse, aucun report n'est prévu lorsque la première évaluation *in concreto* n'est pas concluante. L'hypothèse où le risque individuel est incertain aurait pourtant pu et du justifier le report et le dépassement des délais de l'article 17 de la DC MAE.

Dans le prolongement de cette critique, les fondements de l'obligation de report de la décision sur l'exécution du MAE nourrissent aussi la discussion. Bien qu'officiellement distincts²¹⁴⁶, la CJUE s'appuie sur les termes vagues de la décision-cadre et combine la question des délais de l'article 17 relatif à la décision sur l'exécution du MAE avec l'article 23 relatif au report de la *remise* au sens stricte et pratique du terme afin de fonder cette

²¹⁴¹ Point 98 de l'arrêt *Aranyosi*.

²¹⁴² Il faut comprendre le point 99 de l'arrêt *Aranyosi* à la lumière de l'article 17(7) DC MAE.

²¹⁴³ Article 17(2)(4) DC MAE dispositions combinées, en cas de consentement à la remise de la personne. Au regard du rôle de l'individu dans le défense de ses droits, on peut supposer que cette hypothèse est la moins probable.

²¹⁴⁴ Article 17(3)(4) DC MAE dispositions combinées, en cas de non consentement à la remise de la personne. Au regard du rôle de l'individu dans le défense de ses droits, on peut supposer que cette hypothèse est la plus probable.

²¹⁴⁵ Point 104, avant-dernière phrase du dispositif de l'arrêt *Aranyosi*.

²¹⁴⁶ Voir points 47 à 49 de l'arrêt *Lanigan*, sur la question du maintien en détention après le dépassement des délais de l'article 17 DC MAE.

obligation de report²¹⁴⁷. L'article 23 DC MAE admet le report de la remise *effective* lors de la survenance d'aléas pratiques à l'exécution complète du MAE mais dont l'exécution est accordée sur le principe²¹⁴⁸. Dans l'hypothèse *Aranyosi*, l'autorité judiciaire d'exécution suspend sa prise de décision relative à la (non-)exécution du MAE au-delà des délais de l'article 17 DC MAE. Le report imposé dans le cadre de l'application du motif de non-exécution ne vise donc pas uniquement le report de la remise au sens strict.

Conformément à l'article 23 de la décision-cadre, le report de la remise n'est en principe admis qu'en cas de force majeure²¹⁴⁹ ou pour des raisons humanitaires²¹⁵⁰. La notion de force majeure de l'article 23(3) de la DC MAE doit être entendue dans le sens de « *circonstances étrangères à celui qui l'invoque, anormales et imprévisibles, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées* »²¹⁵¹. La notion de force majeure n'a pas un contenu identique dans les divers domaines d'application du droit de l'Union et sa signification doit être déterminée en fonction du cadre légal dans lequel elle est destinée à produire ses effets²¹⁵². Il paraît néanmoins difficile de faire du risque individuel un cas de force majeure. Le risque individuel encouru, qu'il s'agisse d'un traitement inhumain ou dégradant en raison des conditions de détention ou de la violation du droit à un procès équitable en raison d'un manque statutaire d'indépendance, n'est pas une circonstance étrangère à l'Etat membre d'émission mais découle de ses choix politiques insuffisants et des défaillances de son système carcéral ou judiciaire. Le risque individuel n'est pas non plus une circonstance imprévisible, bien qu'anormale. Il est par nature anticipé et découle de défaillances systémiques bien installées et dûment constatées.

Le motif de report pour raisons humanitaires de la DC MAE pourrait se rapprocher de la « clause humanitaire » du système Dublin qui permet de ne pas renvoyer une

²¹⁴⁷ S. PEERS, « Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper? », EU Law Analysis blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019. ; M. GUIRESSE, « Confiance mutuelle et mandat d'arrêt européen : évolution ou inflexion de la Cour de justice de l'Union européenne ? », grd-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/04/12/cooperation-judiciaire-penale/confiance-mutuelle-et-mandat-darret-europeen-evolution-ou-inflexion-de-la-cour-de-justice/>, 2016, dernière consultation janvier 2020.

²¹⁴⁸ Article 23(2) DC MAE.

Le principe veut que la remise intervient au plus tard dix jours après la décision finale sur l'exécution du mandat d'arrêt européen.

²¹⁴⁹ Article 23(3) DC MAE.

²¹⁵⁰ Article 23(4) DC MAE.

²¹⁵¹ Point 53 de l'arrêt CJUE (troisième chambre), 25 janvier 2017, *Vilkas*. Affaire C-640/15.

²¹⁵² Point 54 de l'arrêt CJUE (troisième chambre), 25 janvier 2017, *Vilkas*. Affaire C-640/15.

personne vers le premier Etat membre de franchissement²¹⁵³. La CJUE n'a *a priori* pas encore défini la notion de « raisons humanitaires » de la DC MAE et le manuel de la Commission européenne relatif à l'émission et l'exécution du MAE ne donne que des exemples. Un motif de report pour raisons humanitaires pourrait ainsi s'appliquer s'« *il existe des raisons valables de penser que la remise mettrait manifestement en danger la vie ou la santé de la personne recherchée* »²¹⁵⁴. Cela ne semble pas actuellement concerner le motif jurisprudentiel, pour l'instant uniquement fondé sur l'article 1(3) DC MAE et l'article 4 CDFUE ou 47 alinéa 2 CDFUE. Plus généralement, la logique n'est pas non plus la même. Le report de la remise pour raisons humanitaires sert à protéger davantage malgré une acceptation de principe de la remise tandis que le report de la décision sur l'exécution du MAE vise la remise malgré une première constatation du risque individuel. La constatation du risque individuel ne semble donc pas pouvoir s'inscrire dans une de ces hypothèses. Il s'agit d'une extension des motifs de report.

Enfin, dans la lignée de l'arrêt *Lanigan*, l'obligation de report conduit au maintien de l'obligation d'exécution du MAE²¹⁵⁵. Dans ce dernier arrêt, la CJUE retient le caractère central de l'obligation d'exécution du MAE et l'absence de limite temporelle à sa validité²¹⁵⁶. Dans l'hypothèse où les délais en principe impératifs de l'article 17 DC MAE sont dépassés, la seule expiration de ces délais ne saurait soustraire l'autorité judiciaire d'exécution à son obligation de poursuivre la procédure d'exécution d'un MAE et d'adopter une décision sur son exécution²¹⁵⁷. Dans le cadre de la jurisprudence *Lanigan*, l'allongement ou la souplesse pratique des délais²¹⁵⁸ sert l'objectif d'efficacité de la coopération judiciaire pénale²¹⁵⁹ en contrecarrant le comportement potentiellement

²¹⁵³ Voir à ce sujet l'arrêt CJUE, 21 décembre 2011, *NS contre Secretary of State for the Home Department*. Affaires jointes C- 411/10 et C- 493/10 au sujet de la mise en oeuvre des dispositions de l'article 3(1)(2) de l'ancien règlement Règlement (CE) n° 343/2003 (actuellement remplacé par le Règlement (UE) n° 604/2013).

²¹⁵⁴ Voir point 5.9.1 du Manuel de la Commission européenne concernant l'émission de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen (2017/C 335/01), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC1006\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC1006(02)&from=EN), page 35.

²¹⁵⁵ S. PEERS, « Free at last? Detention, the European Arrest Warrant and Julian Assange », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/free-at-last-detention-european-arrest.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

²¹⁵⁶ Points 36 à 39 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁵⁷ Point 42 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁵⁸ V. GIANNOULIS, « La CJUE et les délais d'exécution du mandat d'arrêt européen », *RSC*, 2016, pages 237 à 254.

²¹⁵⁹ Points 40 et 41 de l'arrêt *Lanigan*.

dilatoire des individus concernés par la demande de remise ou celui des autorités judiciaires d'exécution²¹⁶⁰. Le principe selon lequel « *nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* » justifie le maintien de l'obligation d'exécution du MAE. Cette logique ne concerne pourtant pas le report prévu dans l'arrêt *Aranyosi*. Dans l'hypothèse *Aranyosi*, le maintien de l'obligation d'exécution va continuer de prévaloir dans l'hypothèse particulière où il existe un degré de certitude important concernant le risque individuel de violation des droits fondamentaux de la personne dans une situation globale de défaillances graves. Il s'agit cette fois d'une situation où la personne à remettre a souligné un besoin de protection accrue en raison des « turpitudes » de l'Etat membre d'émission et où le contrôle concret opéré par l'autorité judiciaire d'exécution envisage à juste titre le refus d'exécution.

Les critiques soulevées par l'obligation de report ne s'arrêtent pas là. Elle pose aussi de nouvelles questions en matière de protection des droits fondamentaux en raison du possible maintien en détention de la personne dont la remise est demandée. La CJUE a donné certaines précisions relatives à la détention provisoire ou la remise en liberté pendant cette période qui sont à combiner avec les effets du dépassement des délais de l'article 17 DC MAE. Le résultat pratique semble conduire à une large incitation de l'autorité judiciaire d'exécution à décider rapidement de la remise finale. L'obligation d'exécution est donc *in fine* aussi favorisée par le biais de cette question.

L'article 12 de la DC MAE prévoit que, lorsqu'une personne est arrêtée sur la base d'un MAE, l'autorité judiciaire d'exécution décide s'il convient de la maintenir en détention conformément au droit de l'Etat membre d'exécution²¹⁶¹. Cette possibilité n'est pas inscrite dans des limites temporelles et la détention en vue de la remise peut être maintenue après le dépassement des délais de l'article 17 de la DC MAE²¹⁶², en cohérence avec le maintien de l'obligation d'exécution du MAE. Le même article admet cependant également que la mise en liberté provisoire est possible à tout moment, conformément au droit interne de l'Etat membre d'exécution, à condition que l'autorité compétente prenne toute mesure qu'elle estimera nécessaire en vue d'éviter la fuite de la

²¹⁶⁰ Point 41 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁶¹ Article 12 DC MAE 2002.

²¹⁶² Point 44 de l'arrêt *Lanigan*.

S. PEERS, « Free at last? Detention, the European Arrest Warrant and Julian Assange », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/free-at-last-detention-european-arrest.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

personne recherchée. La CJUE a retenu dans son arrêt *Lanigan* que, si c'était une possibilité, l'autorité judiciaire d'exécution n'était pas *tendue* de procéder à une telle mise en liberté ou à une mise en liberté pure et simple de la personne à la suite de l'expiration des délais prévus à l'article 17 de la DC MAE²¹⁶³. La remise en liberté n'est pas une solution automatique ou de principe dans l'hypothèse *Lanigan*.

La CJUE a simplement transposé cette solution à l'hypothèse « *Aranyosi* » alors qu'un refus d'exécution du MAE soit cette fois clairement envisagé. La personne dont la remise est demandée est potentiellement déjà placée en détention lorsque le report de la décision sur l'exécution du MAE intervient et peut se poursuivre pendant la durée de ce report. La détention peut ainsi se poursuivre après expiration des délais de l'article 17 DC MAE²¹⁶⁴ et excéder leur durée²¹⁶⁵. Bien que la durée de report doive être « *raisonnable* », un allongement significatif de la durée de détention est possible. Il conviendrait alors d'être particulièrement précautionneux et de faire de la détention, l'exception, et de la mise en liberté, le principe.

La détention où la remise en liberté provisoire pendant le report va en partie dépendre du droit interne des Etats membres et de leur tendance plus ou moins libérale mais celle-ci sera néanmoins influencée par la jurisprudence de la CJUE. En Allemagne, les articles 16, 17, 27 et 34 de l'IRG prévoit différentes hypothèses de mise en détention, liées à la demande de remise. La mise en liberté est principalement régie par l'article 26 de l'IRG. On retiendra que l'Allemagne propose une approche assez équilibrée et neutre. Elle autorise une détention tant que celle-ci est respectueuse du principe de proportionnalité. Le maintien de la détention fait ainsi l'objet d'un examen deux mois au total après la date de capture, d'arrestation provisoire ou de la dernière décision relative au maintien de sa détention. Cet examen se répète au plus tard après chaque période de deux mois. En France, la liberté provisoire et la détention en vue de la remise sont prévues à l'article 695-28 du CPP. La liberté provisoire²¹⁶⁶ semble être le principe²¹⁶⁷, au moins en droit et, conformément à l'article 695-34 CPP, la remise en liberté peut être demandée à tout moment. Ce n'est que si la personne recherchée se soustrait

²¹⁶³ Point 45 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁶⁴ Déduction des points 100 et 101 de l'arrêt *Aranyosi*.

²¹⁶⁵ Point 52 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁶⁶ Article 695-28 alinéa 1 CPP : « *A la suite de la notification du mandat d'arrêt européen, s'il décide de ne pas laisser en liberté la personne recherchée, le procureur général la présente au premier président de la cour d'appel ou au magistrat du siège désigné par lui* ».

²¹⁶⁷ B. AUBERT, « De quelques évolutions en matière de mandat d'arrêt européen », *AJ Pénal*, 2017, pages 111 à 114.

volontairement aux obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence sous surveillance électronique ou encore s'il apparaît qu'elle entend manifestement se dérober à l'exécution d'un MAE que la personne peut être maintenue en détention²¹⁶⁸.

Pour sa part, la CJUE semble envisager la détention avant la remise en liberté et la remise en liberté provisoire ou pure et simple n'est toujours pas automatique bien que les chances de non-exécution soient plus importantes²¹⁶⁹. Elle reste également conditionnée.

Lorsque la personne est en détention au moment et/ou pendant le report, l'article 12 DC MAE doit être interprété en conformité avec l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²¹⁷⁰. Cet article prévoit que « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté* »²¹⁷¹. Puisque ce droit n'est pas absolu²¹⁷², l'autorité judiciaire d'exécution peut limiter la jouissance de ce droit de façon proportionnée²¹⁷³. Il s'agit d'une garantie favorable à la protection concrète du droit protégé par l'article 6 CDFUE, qui évite une aggravation de la situation de l'individu à remettre. La protection concrète correspond à un standard minimal, non à une protection supérieure²¹⁷⁴.

À l'instar de la procédure d'extradition, la justification de la détention vient de l'existence même d'une procédure de remise²¹⁷⁵. L'émission d'un MAE ne saurait donc justifier le maintien en détention sans aucune limite temporelle²¹⁷⁶. En particulier, l'émission d'un MAE ne saurait justifier une détention « *pendant une période dont la durée totale dépasse le temps nécessaire à l'exécution de ce mandat* »²¹⁷⁷. La CJUE avait estimé dans son arrêt *Lanigan* que le temps nécessaire à l'exécution du MAE était en principe celui prévu par les délais - suffisants - de la DC²¹⁷⁸. En cas de dépassement de

²¹⁶⁸ Article 695-36 CPP.

²¹⁶⁹ Point 102 de l'arrêt *Aranyosi*.

²¹⁷⁰ Point 53 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁷¹ Point 54 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁷² Point 55 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁷³ Point 101 de l'arrêt *Aranyosi*.

²¹⁷⁴ Points 56, 57 de l'arrêt *Lanigan*.

La CJUE offre le même niveau de protection que l'article 5(1)f) de la CEDH tel qu'interprété par la CourEDH.

²¹⁷⁵ Point 57 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁷⁶ Point 101 de l'arrêt *Aranyosi*.

²¹⁷⁷ Point 58 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁷⁸ Point 60 de l'arrêt *Lanigan*.

Avant dépassement des délais, la détention ne pose donc pas de réelle difficulté.

ces délais, le maintien en détention n'est alors conforme à l'article 6 CDFUE « *que pour autant que la procédure d'exécution du mandat d'arrêt européen a été menée de manière suffisamment diligente et, partant, que la durée de la détention ne présente pas un caractère excessif* »²¹⁷⁹. Dans l'hypothèse *Aranyosi*, la durée raisonnable et nécessaire à l'exécution du MAE va donc intégrer la durée du report obligatoire lorsqu'il est suffisamment « diligent ». La conformité de la durée de détention à l'article 6 CDFUE dans le cadre du report de l'exécution du MAE dépend donc notamment de la célérité de l'autorité judiciaire d'exécution lorsqu'elle cherche à écarter le risque réel individuel.

Dans l'arrêt *Lanigan*, afin de contrôler la conformité de la détention à l'article 6 CDFUE, l'autorité judiciaire d'exécution doit mener un contrôle concret de la situation. Elle prend ainsi compte de tous les éléments pertinents en vue d'évaluer la justification de la durée de la procédure de report, notamment la passivité éventuelle des autorités des Etats membres concernés et, le cas échéant, la contribution de la personne recherchée à cette durée²¹⁸⁰. La peine encourue ou prononcée à l'encontre de la personne ainsi que l'existence d'un risque de fuite doivent être pris en considération²¹⁸¹. La circonstance que la personne ait été détenue pour une période dont la durée totale excède « *largement* » les délais fixés à l'article 17 de la DC est également pertinente²¹⁸².

La CJUE a précisé dans l'arrêt *Aranyosi* que cette autorité tient aussi dûment compte, s'agissant d'un MAE aux fins de poursuites, du principe de la présomption d'innocence garanti par l'article 48 de la Charte²¹⁸³. En principe, il devrait alors être plus difficile de maintenir en détention une personne recherchée aux fins de poursuite qu'une personne recherchée aux fins d'exécution d'une peine car sa culpabilité a déjà été constatée. C'est une amélioration vis-à-vis de la jurisprudence *Lanigan* qui compensait l'absence d'obligation générale et inconditionnelle de mise en liberté après l'expiration des délais ou lorsque la durée totale de la période de détention de la personne recherchée excédait lesdits délais²¹⁸⁴ par sa seule déduction de la période de détention en vue de la remise de la durée totale de privation de liberté à subir dans l'État membre

²¹⁷⁹ Point 58 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁸⁰ Point 59 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁸¹ Point 59 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁸² Point 60 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁸³ Point 100 de l'arrêt *Aranyosi*.

²¹⁸⁴ Point 50 de l'arrêt *Lanigan*.

d'émission, conformément à l'article 26(1) DC MAE²¹⁸⁵. De cette manière, toute période de détention était « *dûment prise en compte en cas d'exécution d'une peine privative de liberté dans l'État membre d'émission* »²¹⁸⁶. L'arrêt *Lanigan* ne prenait donc pas en compte la présomption d'innocence de la personne à juger qui pouvait finalement ne pas être condamnée. Un autre élément spécifique au motif de non-exécution du MAE n'est cependant pas pris en compte. Il est en effet paradoxal d'envisager l'incarcération d'une personne en vue de sa remise aux fins de poursuites ou d'exécution d'une peine/mesure privative de liberté quand la raison même du report est le risque réel individuel lié à un manque d'indépendance du pouvoir judiciaire et que, en conséquence, il existe une suspicion de poursuites ou de condamnation inéquitables.

Ce troisième contrôle concret est une garantie spécifique et favorable à la protection du droit à la liberté et la sûreté mais demande un effort important de la part de l'autorité judiciaire d'exécution alors qu'elle doit déjà poursuivre un dialogue soutenu en vue de permettre éventuellement la remise. Cela risque d'influencer son action²¹⁸⁷. L'autorité judiciaire d'exécution est encore davantage responsabilisée face à la durée du report par l'intermédiaire de la question de la détention. L'autorité judiciaire d'exécution a tout intérêt à ce que le report soit le plus court possible lorsque la personne est en détention, afin que cette détention soit conforme à l'article 6 CDFUE. La solution alternative pourrait être une remise en liberté la plus fréquente possible. Cela semble peu probable.

La mise en liberté provisoire est une solution alternative à la détention, y compris dans le cadre du report. En cas de report, les autorités judiciaires d'exécution peuvent libérer la personne mais restent soumises à l'obligation d'exécuter le mandat. Si l'autorité judiciaire d'exécution conclut qu'elle est tenue de mettre fin à la détention de la personne recherchée, il lui appartient alors « *d'assortir la mise en liberté provisoire de cette personne de toute mesure qu'elle estimera nécessaire en vue d'éviter sa fuite et de s'assurer que les conditions matérielles nécessaires à sa remise effective restent réunies aussi longtemps qu'aucune décision définitive sur l'exécution du mandat d'arrêt européen*

²¹⁸⁵ Point 51 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁸⁶ Point 51 de l'arrêt *Lanigan*.

²¹⁸⁷ Le juge, ou l'autorité judiciaire, est pourtant une pièce maîtresse de la protection judiciaire : voir N. DESCOT, E. RUBI-CAVAGNA, « Le juge judiciaire en matière pénale et l'espace européen des libertés », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 184 à 187.

n'est prise »²¹⁸⁸. L'autorité judiciaire d'exécution française pourrait par exemple, conformément à l'article 695-28 CPP, décider d'une mise en liberté assortie d'une ou plusieurs mesures de contrôle judiciaire²¹⁸⁹ et/ou une assignation à résidence²¹⁹⁰.

Le maintien en détention peut conduire à la violation du droit à la liberté mais la nécessaire remise en liberté provisoire est rendue plus difficile par les exigences qui l'entourent. Ces mesures peuvent être exigeantes et coûteuse en termes d'argent, de moyens humains, techniques et de temps. Les tentations et risques peuvent alors être les suivants : assurer le respect des droits fondamentaux par la mise en liberté provisoire au risque de violer le droit de l'Union faute de moyens suffisants mis en place ou, à l'inverse, assurer au maximum l'efficacité de la remise en maintenant la personne en détention, potentiellement au détriment du respect des droits fondamentaux. Afin d'éviter la violation des droits fondamentaux comme celle du droit de l'Union, il est encore une fois dans l'intérêt des autorités judiciaires d'exécution d'être les plus rapides possible dans leur prise de décision sur l'exécution du MAE lors du report. Par là même, le maintien en détention redevient plus tentant. La combinaison des standards de protection avec les exigences spécifiques du droit de l'Union imposent indirectement mais sûrement la célérité de la procédure d'exécution du MAE²¹⁹¹.

Par effet circulaire, on en revient à l'idée selon laquelle les délais de l'article 17 DC MAE « *sont en principe suffisants (...) pour que l'autorité judiciaire d'exécution se livre aux contrôles préalables à l'exécution du mandat d'arrêt européen et adopte la décision sur l'exécution d'un tel mandat* »²¹⁹². C'est pourtant confondre rapidité et précipitation. Les autorités judiciaires auront en pratique un temps très court pour investiguer et opérer un contrôle approfondi, effectif et complet. Deux effets pratiques sont alors envisageables selon les sensibilités respectives des Etats membres d'exécution. Ou bien, conformément à l'objectif d'accélération et d'efficacité de la coopération judiciaire pénale, l'autorité judiciaire d'exécution aura une tendance plus prononcée à écarter le risque individuel. Ou bien, au contraire, selon un objectif de respect renforcé des droits fondamentaux et au regard de la situation déjà particulière liée à l'évaluation d'une exception à la présomption

²¹⁸⁸ Point 102 de l'arrêt *Aranyosi*, conformément aux articles 12 et 17(5) DC MAE.

²¹⁸⁹ Prévus à l'article 138 CPP.

²¹⁹⁰ Prévus à l'article 142-5 du CPP.

²¹⁹¹ V. GIANNOULIS, « La CJUE et les délais d'exécution du mandat d'arrêt européen », *RSC*, 2016, pages 237 à 254.

²¹⁹² Point 60 de l'arrêt *Lanigan*.

de confiance mutuelle, l'autorité judiciaire d'exécution aura tendance déterminer que le risque individuel réel ne peut être écarté et qu'il convient d'appliquer le motif de refus d'exécution fondé sur l'article 1(3) DC MAE. Dans un cas comme dans l'autre, le contrôle *in concreto* du risque peut être superficiel et handicaper le principe du respect des droits fondamentaux ou la présomption de confiance mutuelle.

Au regard des trois différents contrôles concrets à effectuer - *in abstracto*, *in concreto* et celui visant la conformité de la détention à l'article 6 de la CDFUE - il semble plus probable que, dans la majorité des cas, les autorités judiciaires d'exécution seront amenés à faire du maintien en détention et l'exécution du MAE, le principe, et la mise en liberté provisoire et le refus d'exécution du MAE, une exception encore plus limitée qu'il n'y paraît au premier abord.

La protection concrète des droits fondamentaux par l'autorité judiciaire d'exécution du MAE est donc relativisée par l'obligation de report. Elle semble encore pouvoir l'être par l'intégration du système des assurances de droit international dans le mécanisme du MAE.

3) Le système européenisé des assurances face à un risque avéré

Lorsque le risque réel, général et individuel, de violation des droits fondamentaux est finalement avéré, y compris après le report obligatoire de la décision sur l'exécution du MAE²¹⁹³, la présomption de confiance mutuelle est exceptionnellement renversée et l'obligation d'exécution du MAE écartée. L'autorité judiciaire d'exécution applique le motif de non-exécution du MAE fondé sur l'article 1(3) DC MAE. La protection concrète des droits fondamentaux à ce moment-là largement justifiée.

Malgré tout, la CJUE donne encore à l'Etat membre d'émission une ultime solution face à la non-exécution du MAE. Dans l'affaire *Aranyosi*, la juridiction allemande de renvoi envisageait le contournement du risque individuel de violation des droits fondamentaux grâce au système des assurances de droit international. La CJUE ne s'était pas saisie du sujet dans ses arrêts *Aranyosi* et *LM* mais accepte de transposer une telle possibilité dans son arrêt *ML*²¹⁹⁴ puis *Dorobantu*²¹⁹⁵.

La CJUE a tout d'abord dû trouver une base juridique à la transposition des assurances du système d'extradition dans le mécanisme reconnaissance mutuelle du MAE, fondé sur le principe de confiance mutuelle. La CJUE s'appuie sur les paragraphes 2 et 3 de l'article 15 de la décision-cadre²¹⁹⁶, c'est-à-dire sur le système judiciaire d'échange d'informations, spécifique au MAE, et sur le principe de coopération loyale²¹⁹⁷. Ce choix permettra à la délivrance des assurances de bénéficier des caractéristiques des échanges entre autorités judiciaires et des principes de fonctionnements du MAE. La Cour de justice retient alors que « *l'autorité judiciaire d'exécution et l'autorité judiciaire d'émission peuvent, respectivement, demander des informations ou fournir des assurances concernant les conditions concrètes et précises dans lesquelles la personne concernée sera détenue dans l'Etat membre d'émission* »²¹⁹⁸. La CJUE interprète de façon assez extensive les dispositions de la décision-cadre qui ne font références qu'à

²¹⁹³ Voir *supra* la critique de l'obligation de report dans le cadre de l'application de la méthodologie *Aranyosi*.

²¹⁹⁴ Points 106 et 107 de l'arrêt *ML*.

²¹⁹⁵ Points 68 et 69 de l'arrêt *Dorobantu*.

²¹⁹⁶ Point 108 de l'arrêt *ML*.

²¹⁹⁷ Point 109 de l'arrêt *ML*.

²¹⁹⁸ Point 110 de l'arrêt *ML*.

des informations « *complémentaires* » demandées par l'autorité judiciaire d'exécution²¹⁹⁹ ou à des informations « *additionnelles utiles* » données spontanément et à tout moment par l'autorité judiciaire d'émission²²⁰⁰. Une assurance est pourtant plus qu'une simple information utile ou simplement additionnelle, ce qui justifie d'ailleurs qu'elle ne devrait pas intervenir à n'importe quel moment et implique sa prise en considération spécifique²²⁰¹.

La CJUE accepte d'intégrer le système des assurances dans sa méthodologie *Aranyosi* en raison de leurs effets juridiques reconnus par le droit international²²⁰². Elle prolonge ainsi leurs effets dans le système de remise du droit de l'Union²²⁰³.

En droit international, les assurances sont des promesses, des garanties données par voie diplomatique à l'Etat requis dans le cadre de l'extradition²²⁰⁴. Les assurances ont une double fonction²²⁰⁵. La première bénéficie à l'Etat demandeur et vise à contourner les motifs qui peuvent être invoqués afin de refuser l'extradition. La deuxième permet d'assurer la protection des droits fondamentaux des individus. La promesse est ici au bénéfice de l'extradé mais est donnée à l'Etat requis²²⁰⁶. Cette solution semble favorable à la protection des droits fondamentaux et à l'efficacité de la procédure d'extradition. L'Etat demandeur promet qu'il ne violera pas tel ou tel droit de l'individu en échange de son extradition effective. En raison du compromis qu'elles permettent d'atteindre, l'intégration des assurances de droit international dans le cadre du MAE est intéressante afin de maximiser son efficacité. La protection concrète des droits fondamentaux peut être *promise* afin de permettre l'exécution du MAE malgré le risque réel et avéré de

²¹⁹⁹ Article 15(2) DC MAE.

²²⁰⁰ Article 15(3) DC MAE.

²²⁰¹ Voir *infra*.

²²⁰² C. BILLARD, « Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition », mémoire sous la direction de C. SANTULLI, Paris, soutenu au titre de l'année 2018-2019, pages 65 à 79.

²²⁰³ Point 111 de l'arrêt *ML*.

²²⁰⁴ C. BILLARD, « Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition », mémoire sous la direction de C. SANTULLI, Paris, soutenu au titre de l'année 2018-2019, définition page 8. Elles peuvent prendre la forme de notes verbales ou de courriers.

²²⁰⁵ C. BILLARD, « Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition », *op. cit.*, définition page 8.

²²⁰⁶ C. BILLARD, « Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition », *op. cit.*, définition page 8.

violation des droits fondamentaux. Un Etat membre d'émission peut ainsi donner l'assurance selon laquelle la remise de la personne n'entraînera pas de torture, de traitement inhumain ou dégradant en raison de ses conditions individuelles de détention²²⁰⁷.

La CJUE n'a pas évoquée cette possibilité concernant le risque de violation du contenu essentiel du droit à un procès équitable dans l'affaire *L et P*²²⁰⁸. Dans le cadre de la généralisation de la méthodologie *Aranyosi*, la question se pose pourtant si une assurance pourrait garantir que le droit à un tribunal indépendant, et partant du contenu essentiel du droit à un procès équitable ne sera pas violé malgré le risque réel avéré. De même, une assurance peut-elle concerner d'autres droits fondamentaux en cas d'extension du champ d'application du motif de refus fondé sur l'article 1(3) DC MAE ?

En France, les assurances concernent généralement trois hypothèses où l'extradition serait contraire aux engagements internationaux souscrits, notamment la CEDH²²⁰⁹. Il semble qu'il en soit de même concernant la pratique allemande²²¹⁰, conformément à la jurisprudence de la CEDH²²¹¹. Ces trois hypothèses pourraient concerner le système de remise et aider à délimiter l'usage des assurances dans le cadre du MAE. Deux trouvent d'ailleurs déjà écho dans les situations où un motif de non-

²²⁰⁷ Points 106 et 107 de l'arrêt *ML*.

²²⁰⁸ CJUE (grande chambre), 17 décembre 2020, *L et P*. Affaires jointes C-354/20 PPU et C-412/20 PPU.

²²⁰⁹ C. BILLARD, « Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition », *op. cit.*, 100 pages.

²²¹⁰ Haut-Commissariat des droits de l'Homme, communiqué de presse, « Comité contre la torture : La Délégation de l'Allemagne répond aux questions des Experts », 08 novembre 2011: <https://www.ohchr.org/fr/press-releases/2011/11/committee-against-torture-hears-response-germany>.

²²¹¹ Voir le document du Groupe de travail sur la coopération internationale Vienne, « Problèmes rencontrés dans l'accélération du processus d'extradition, notamment la prise en compte de la santé, de la sécurité et d'autres questions touchant aux droits de l'homme, ainsi que les stratégies judiciaires mises en œuvre par les prévenus pour retarder l'exécution d'une demande d'extradition », 16 octobre 2018, Vienne, Document d'information CTOC/COP/WG.3/2018/5: https://www.unodc.org/documents/treaties/International_Cooperation_2018/October/V1805440.pdf, voir notamment paragraphes 47 à 50.

Voir également les jurisprudences indiquées par le Comité européen pour les Problèmes Criminels (CDPC) et le Comité d'experts sur le Fonctionnement des Conventions européennes sur la Coopération dans le Domaine Pénal (PC-OC) du Conseil de l'Europe, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pertinente pour l'application des Conventions européennes sur la coopération internationale dans le domaine pénal », Strasbourg, le 15 octobre 2014, PC-OC (2011) 21 REV 8 : <https://rm.coe.int/1680319027>: exemples :

- CEDH (première section), 3 juillet 2001, *Nivette c. France*, (Requête n°44190/98) : acceptation d'une assurance diplomatique afin d'écartier le risque de mauvais traitement ;
- CEDH (deuxième section), 9 mai 2006, *Abu Salem c. Portugal*, (Requête n°26844/04) : acceptation d'une assurance relative au risque d'être soumis à la peine de mort ;
- CEDH (cinquième section), 20 février 2007, *Al-Moayad c. Allemagne*, (Requête n°35865/03) : acceptation d'une assurance diplomatique concernant le droit à un procès équitable (§101).

exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux peut intervenir et la présomption de confiance mutuelle être renversée. La transposition du système des assurances de droit international est donc envisageable de ce point de vue. La troisième correspondrait à une extension du motif fondé sur l'article 1(3) DC MAE.

Tout d'abord, une assurance peut être demandée par les autorités françaises dans le cas où la personne à extraditer court le risque de subir des actes de torture, des traitements cruels, inhumains ou dégradants²²¹². L'interdiction la tortures, des traitements ou peines inhumains ou dégradants de l'article 4 de la CDFUE est un des fondements actuellement reconnus par la CJUE du motif de non-exécution relatif aux droits fondamentaux. Afin d'éviter l'application du motif de non-exécution fondé sur les articles 4 CDFUE et 1(3) DC MAE, l'Etat membre d'émission peut alors donner une assurance que le risque réel ne se réalisera pas en cas de remise. Cette possibilité est reconnue dans les arrêts *ML*²²¹³ et *Dorobantu*²²¹⁴. L'assurance relative aux conditions individuelles de détention semble ici venir compléter la garantie exigible sur le fondement de l'article 5(2) DC MAE, relative aux peines ou mesures de sûreté privatives de liberté à caractère perpétuel. Celles-ci sont également interdites par la CourEDH sur le fondement de l'article 3 CEDH et en raison de leur atteinte à la dignité humaine²²¹⁵. L'assurance n'a cependant pas la même nature que les garanties de l'article 5 DC MAE²²¹⁶.

La deuxième hypothèse dans laquelle une assurance peut être demandée en matière d'extradition est celle où la personne risque de ne pas bénéficier des garanties fondamentales du procès équitable²²¹⁷. Cet élément serait en faveur de la reconnaissance des assurances dans les hypothèses *LM* et *L et P* où le risque réel porte sur la violation du « *contenu essentiel* » du droit à un procès équitable. Le deuxième fondement actuel du motif jurisprudentiel de non-exécution du MAE serait ainsi également couvert.

²²¹² C. BILLARD, « Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition », mémoire sous la direction de C. SANTULLI, Paris, soutenu au titre de l'année 2018-2019, 100 pages.

²²¹³ Points 106 et 107 de l'arrêt *ML*.

²²¹⁴ Points 68 et 69 de l'arrêt *Dorobantu*.

²²¹⁵ Voir par exemple le récent arrêt de la CEDH (première section), 13 juin 2019, *Marcello Viola c Italie* (n°2), (Requête n°77633/16). Ces garanties peuvent également faire l'objet d'une assurance diplomatique dans la jurisprudence de la CourEDH.

²²¹⁶ Voir *infra*.

²²¹⁷ C. BILLARD, « Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition », mémoire sous la direction de C. SANTULLI, Paris, soutenu au titre de l'année 2018-2019, 100 pages.

L'assurance donnée éviterait l'application du motif de refus fondé sur les articles 47(2) CDFUE et 1(3) DC MAE. Cela dépendra de la CJUE qui n'a plus fait explicitement référence au système des assurances dans son arrêt *L et P*, et laisse donc en suspend la question de savoir si ces assurances sont effectivement acceptées. Serait-elles suffisamment crédibles en cas de difficultés systémiques et individuelles graves relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire de l'Etat membre sensé les donner ? En particulier, que se passerait-il si l'autorité dont l'indépendance soulève des questions dispose d'un rôle dans la délivrance de ces assurances²²¹⁸? Une dernière difficulté provient également du fait qu'une telle assurance reviendrait à reconnaître que toutes les autorités judiciaires ne sont pas indépendantes.

Cette assurance, si elle est acceptée, pourrait être une forme de complément à l'application du motif de refus de l'article 4 bis DC MAE, également lié à la question du droit à un procès équitable. En effet, ce motif de refus prévu par la DC MAE permet à l'autorité judiciaire d'exécution de refuser d'exécuter le MAE délivré aux fins d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté si l'intéressé n'a pas comparu en personne au procès qui a mené à la décision et que son renoncement à son droit d'être présent n'a pas bénéficié de certaines garanties liées à l'équité du procès²²¹⁹.

Enfin, les assurances sont demandées lorsque les faits pour lesquels l'extradition est demandée sont susceptibles d'être punis par la peine capitale²²²⁰, c'est-à-dire en cas de risque de violation du droit à la vie. Cette situation pourrait théoriquement concerner le mécanisme de remise du MAE mais cela semble peu probable en pratique. Le droit à la vie est protégé à l'article 2 de la CDFUE²²²¹ mais la peine de mort est interdite dans l'Union européenne²²²². Comme vu précédemment, il n'y a que peu de chance que la

²²¹⁸ Voir *infra*.

²²¹⁹ Voir *supra*.

²²²⁰ C. BILLARD, « Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition », mémoire sous la direction de C. SANTULLI, Paris, soutenu au titre de l'année 2018-2019, 100 pages.

²²²¹ B. COUTEAU, « Abolition de la Peine de mort : Une Exception européenne à promouvoir », Notre Europe - Institut Jacques Delors, Blog post n°201009, <https://institutdelors.eu/publications/abolition-de-la-peine-de-mort-une-exception-europeenne-a-promouvoir/>, 2020, dernière consultation juin 2022.

²²²² I. ZAMFIR, European Parliamentary Research Service, « The death penalty and the EU's fight against it », PE 635.516, February 2019.

CJUE reconnaisse un motif de non-exécution relatif à l'article 2 CDFUE. Une assurance sur ce point ne devrait donc pas être nécessaire²²²³.

L'assurance apparaît comme une forme de protection complémentaire au motif de non-exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux qui maintient en plus l'efficacité du mécanisme de la remise. Au regard du droit international et de la jurisprudence actuelle de la CJUE, les assurances ne devraient pas porter sur d'autres droits fondamentaux dans le cadre du MAE. Il s'agirait-là d'une première limite. La gravité du risque et l'importance du droit à protéger semblent justifier et en même temps limiter l'emploi des assurances. En cas d'extension du champ d'application du motif de refus, la CJUE laissera-t-elle de côté cette possibilité²²²⁴ ? Cherchera-t-elle une autre solution de dernier recours afin de parvenir à l'exécution du MAE ? Il serait paradoxal d'accepter le contournement des risques relatifs à des droits aussi importants que ceux protégés à l'article 4 et 47 alinéa 2 CDFUE par le biais des assurances mais de ne pas avoir d'alternative concernant des droits fondamentaux éventuellement plus relatifs au regard de la jurisprudence de la CJUE.

Afin de transposer le système des assurances de droit international, la CJUE a combiné des éléments des systèmes très différents du droit international et du droit de l'Union européenne. La CJUE intègre dans un système fondé sur le droit de l'Union et le principe de confiance mutuelle un instrument symbolisant la dimension fortement diplomatique de la procédure d'extradition et la défiance. Elle va donc non seulement transposer le système des assurances dans le cadre du MAE mais aussi à l'adapter. Cette transposition et cette adaptation s'avèrent critiquables et excessivement tournée vers l'efficacité de la remise. Cette transposition adaptée pose difficulté face à l'autorité judiciaire d'exécution qui se retrouve largement privée du rôle qu'elle vient tout juste d'obtenir en matière de protection concrète des droits fondamentaux. Elle risque alors de

²²²³ En cohérence avec le développement *supra* relatif à l'extension du motif de refus, cette hypothèse devrait éventuellement être traitée par une assurance relative à l'absence de torture, de peine ou traitement inhumain ou dégradant.

²²²⁴ La question de l'application d'une même méthode « Aranyosi » à l'ensemble des droits fondamentaux de l'UE dans le cadre du MAE : voir A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, « Mutual trust and independence of the judiciary after the CJEU judgment in LM – new era or business as usual? », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/08/mutual-trust-and-independence-of.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019. Nous questionnons particulièrement la possibilité d'utiliser le système des assurances dans ce cadre.

ne pouvoir que partiellement protéger les individus, au prix d'un grand effort supplémentaire.

Les assurances doivent être suffisamment précises pour protéger la personne à remettre au regard de sa situation individuelle. L'assurance fournie doit ainsi assurer que la personne concernée ne subira pas un traitement inhumain ou dégradant du fait de ses conditions *concrètes et précises* de détention quel que soit l'établissement pénitentiaire dans lequel elle sera incarcérée²²²⁵. C'est à cette condition que la violation éventuelle d'une telle assurance pourra notamment être invoquée devant les juridictions de l'État membre d'émission²²²⁶. Cela réduit néanmoins la portée de la concrétisation du principe de respect des droits fondamentaux. La protection garantie dans le cadre de l'assurance est « hyper-individualisée » dans le sens où elle ne vise qu'un droit fondamental spécifique d'une personne précise en raison de difficultés particulières. Cette solution redétache la question des droits fondamentaux de celle des valeurs de l'Union de l'article 2 et d'une approche systémique. La dimension concrète de la confiance mutuelle et la protection concrète des droits fondamentaux sont réduites au strict minimum nécessaire. L'usage des assurances pourrait alors en pratique favoriser le maintien de situations globales critiques au sein des Etats membres.

Concernant le droit à un tribunal indépendant et impartial, l'assurance fournie devrait assurer que la personne concernée ne subira pas de violation du contenu essentiel de son droit à un procès équitable du fait de ses conditions *concrètes et précises* de jugement par l'instance compétente dont l'indépendance est remise en cause²²²⁷ ou quel que soit l'instance devant laquelle elle sera jugée²²²⁸. Il semble par contre difficile d'accepter une assurance qui garantirait *a posteriori* qu'une personne recherchée aux fins d'exécution d'une peine ait tout de même été jugée de façon équitable alors que le risque réel a dûment été constaté²²²⁹. L'assurance pourrait alors consister, si le droit national de l'Etat membre d'émission le permet, en la garantie d'une nouvelle procédure juridictionnelle devant une instance indépendante garantissant son

²²²⁵ Point 111 de l'arrêt *ML*.

²²²⁶ Point 111 de l'arrêt *ML*.

²²²⁷ Solution inspirée du point 66 de l'arrêt *L et P*.

²²²⁸ Par transposition du point 111 de l'arrêt *ML*.

²²²⁹ En lien avec le point 68 de l'arrêt *L et P*.

droit à un procès équitable une fois la personne remise²²³⁰. Il pourrait s'agir d'un recours portant sur l'exécution de cette peine ou d'un recours contre la décision juridictionnelle qui fait l'objet du MAE²²³¹. Enfin, faudrait-il une assurance ou plusieurs assurances spécifiques en cas de problèmes multiples soulevés dans une situation individuelle ? Accepterait-on de telles assurances malgré l'effet cumulatif de ces différents risques ?

Les effets juridiques contraignants de l'assurance devraient permettre d'assurer une protection concrète et ciblée des droits fondamentaux concernés de l'individu à remettre. Cette protection comporte deux aspects. L'assurance a d'abord un effet préventif compatible avec le caractère lui aussi préventif du motif de refus, lié au *risque* de violation du droit fondamental essentiel. Ensuite, la violation de l'assurance engage la responsabilité de son auteur et permet, le cas échéant, une réparation *a posteriori* de la violation effective du droit fondamental. La CJUE fait donc de l'assurance « *un élément que l'autorité judiciaire d'exécution ne saurait ignorer* »²²³².

La CJUE adopte ensuite une approche un peu différente du droit international dans le but de maintenir l'efficacité de la procédure d'exécution du MAE et de parvenir à la remise finale de la personne dans un maximum de cas. En droit international, l'assurance peut être demandée par l'autorité de l'Etat requis et équivaut, en pratique, à une exigence de garantie conditionnant l'extradition effective. Dans le cadre du MAE, l'assurance donnée par l'Etat membre d'émission est un acte purement volontaire, facultatif et spontané²²³³ de l'Etat membre d'émission, conformément aux compétences respectives de l'autorité judiciaire d'exécution et l'autorité judiciaire d'émission²²³⁴.

Conformément au principe de confiance mutuelle et au principe de primauté, la CJUE maîtrise les effets de la solution et ne revient pas sur l'exhaustivité des garanties que l'autorité judiciaire d'exécution peut exiger sur le fondement de l'article 5 de la décision-cadre. Une assurance ne peut pas être exigée par l'autorité judiciaire d'exécution en tant que garantie conditionnant l'exécution du MAE. L'assurance n'a donc pas la même nature que ces garanties et l'efficacité du mécanisme de remise est maintenue en faisant de l'assurance une option, non une obligation. L'Etat membre

²²³⁰ Inspiration trouvée à la lecture du point 67 de l'arrêt *L et P*.

²²³¹ Inspiration trouvée à la lecture du point 67 de l'arrêt *L et P*.

²²³² Point 111 de l'arrêt *ML*.

²²³³ En apparence du moins.

²²³⁴ Point 110 de l'arrêt *ML*.

d'émission choisit de s'engager à ce qu'il n'y ait pas de violation effective des droits fondamentaux des articles 4 et 47 alinéa 2 de la CDFUE. En pratique cependant, bien qu'elle ne peut être exigée par l'autorité judiciaire d'exécution, l'absence d'assurance emporte encore plus certainement la non-remise de la personne que sa non-extradition, en raison du caractère obligatoire du motif de refus en cas de risque réel individuel. L'intérêt de l'assurance ne se perçoit alors que lorsqu'elle est effectivement donnée.

Lorsqu'une assurance est effectivement donnée, la CJUE distingue entre assurance « judiciaire » et assurance « politique ». Toutes les assurances n'auront pas la même crédibilité et la CJUE favorise en pratique les assurances « judiciaires » qui bénéficient des caractéristiques du MAE.

Dans une situation pouvant amener au renversement de la présomption de confiance mutuelle, la confiance mutuelle restante se traduit par la confiance réciproque, plus restreinte, entre autorités judiciaires. Cette confiance réciproque a des effets dans le cadre de la délivrance des assurances. Les qualités entourant la qualification d'autorité judiciaire du MAE permet de présumer la volonté suffisamment indépendante et la fonction protectrice des autorités judiciaires d'émission. Ainsi, lorsque l'assurance a été apportée ou, à tout le moins, approuvée par l'autorité judiciaire d'émission, l'autorité judiciaire d'exécution, eu égard à la confiance réciproque qui doit exister entre les autorités judiciaires des Etats membres, et sur laquelle est fondé le système du mandat d'arrêt européen, doit se fier à celle-ci²²³⁵. En d'autres termes, une telle assurance est une modalité qui équivaut à une exception (quasi²²³⁶)obligatoire à l'application du motif de non-exécution relatif aux droits fondamentaux. On en revient ainsi à l'obligation d'exécution du MAE afin de procéder à la remise de la personne recherchée. La protection concrète offerte par l'autorité judiciaire d'exécution est encore restreinte.

La CJUE combine la confiance placée en cette autorité avec les effets de l'assurance face à l'autorité judiciaire d'exécution. La confiance réciproque plus restreinte produit des effets plus importants en matière d'assurance que ceux issu du rapport de confiance établi entre les Etats et leur gouvernements au niveau international dans le cadre de l'extradition²²³⁷. Une assurance de droit international n'est pas obligatoirement acceptée et peut également être contrôlée même s'il est vrai que ce contrôle se situe lui

²²³⁵ Point 112 de l'arrêt *ML* ; point 68 de l'arrêt *Dorobantu*.

²²³⁶ Voir *infra*.

²²³⁷ C. BILLARD, « Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition », *op. cit.*, 100 pages.

aussi principalement au niveau de leurs auteurs²²³⁸. En droit international, l'auteur de l'assurance est généralement le gouvernement de l'Etat requis mais cela peut parfois ne pas suffire. Il est parfois exigé que les autorités judiciaires les délivrent. La CJUE renforce l'importance de la question de l'auteur de l'assurance et, par là-même ses effets, en raison de la confiance qui existe entre les autorités judiciaires impliquées dans la procédure du MAE. L'indépendance exigée d'une autorité en tant qu'autorité judiciaire est néanmoins bien moins importante que celle exigée à son encontre en tant qu'autorité juridictionnelle²²³⁹. Une assurance relative au risque de violation du droit à un tribunal indépendant, et partant du contenu essentiel du droit à un procès équitable, pourrait, en théorie, paradoxalement être donnée par une autorité considérée comme suffisamment indépendante en tant qu'autorité judiciaire concernant sa propre indépendance, cette fois mise en cause en tant que juridiction, avec obligation de s'y fier²²⁴⁰. De même, une autorité judiciaire dont l'indépendance est questionnable en tant que juridiction pourrait être amenée à émettre/valider une assurance concernant l'indépendance d'une autre juridiction. De telles situations ne devraient pas être autorisées.

L'obligation de se fier à une assurance judiciaire n'est heureusement pas absolue. La présomption de fiabilité de l'assurance peut ainsi être renversée par l'autorité judiciaire d'exécution si elle dispose d'un élément précis permettant de penser que les conditions de détention sont contraires à l'article 4 de la Charte²²⁴¹. L'autorité judiciaire d'exécution estime autrement dit que l'autorité judiciaire d'émission s'est soit trompée ou, plus grave, qu'elle a volontairement menti. La possibilité de remise en cause de l'assurance est néanmoins détachée de la qualité d'autorité judiciaire qui fonde la confiance en l'assurance. L'assurance est alors écartée sans remettre en cause le principe de confiance mutuelle et la confiance réciproque entre autorités judiciaires.

²²³⁸ C. BILLARD, « Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition », *op. cit.*, 100 pages.

²²³⁹ Voir *supra* Partie II Chapitre 1 Section 1.

²²⁴⁰ Voir *supra* le développement relatif à la notion d'autorité judiciaire.

La question de l'application d'une même méthode « *Aranyosi* » au droit à un tribunal indépendant dans le cadre du MAE : voir A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, « Mutual trust and independence of the judiciary after the CJEU judgment in LM – new era or business as usual? », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/08/mutual-trust-and-independence-of.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019. Nous questionnons particulièrement la possibilité d'utiliser le système des assurances dans le cadre d'un risque lié à l'indépendance des juges alors qu'un risque systémique aura été constaté.

²²⁴¹ Point 112 de l'arrêt *ML* ; point 68 de l'arrêt *Dorobantu* lu *a contrario*.

Au regard de la première formulation de l'arrêt *ML*, il suffit *a priori* de « *tout élément précis permettant de penser que les conditions de détention existant au sein d'un centre de détention déterminé sont contraires à l'article 4 de la Charte* » pour renverser la présomption de fiabilité de l'assurance. Le contrôle se satisfait d'un seul élément et se focalise *a priori* moins sur l'individu que son environnement référencé dans l'assurance. La CJUE a semble-t-il resserré cette possibilité dans l'arrêt *Dorobantu*. Finalement, « *(c)'est (...) uniquement dans des circonstances exceptionnelles, et sur la base d'éléments précis, que l'autorité judiciaire d'exécution peut constater que, nonobstant une assurance (judiciaire), il existe un risque réel de voir la personne concernée être soumise à un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la Charte, du fait des conditions de sa détention dans l'État membre d'émission* »²²⁴². Approximation ou réelle volonté, le contrôle ne semble plus viser l'établissement référencé dans l'assurance mais plus précisément les conditions individuelles de détention de l'individu dont la remise est demandée. Le contrôle de la fiabilité de l'assurance judiciaire ressemble alors à un deuxième contrôle *in concreto* « *bis* » du risque réel. Il faut en tous cas plusieurs éléments précis justifiant « l'exception à l'exception de l'exception ». La non-exécution exceptionnelle du MAE en raison de l'application du motif de refus sur le fondement de l'article 1(3) DC MAE - première exception, favorable aux droits fondamentaux - connaît à son tour une exception en raison de l'assurance fournie - deuxième exception, favorable à l'efficacité de la remise - qui elle-même pourra être exceptionnellement écartée sur la base d'éléments précis - troisième exception, favorable aux droits fondamentaux. La protection concrète des droits fondamentaux par l'autorité judiciaire d'exécution semble largement conditionnée. Le contrôle devient très exigeant et long. La réfragabilité de la fiabilité de l'assurance devient très limitée, au point de devenir quasi-irréfragable en pratique. L'exécution du MAE en cas d'assurance judiciaire est quasi-certaine.

La garantie que représente une assurance « non-judiciaire » est en comparaison bien plus relative. Elle ne bénéficie pas des effets de la confiance réciproque entre les autorités judiciaires. Elle est alors intégrée dans le processus d'évaluation globale du contrôle *in concreto*²²⁴³. Il n'y a donc pas d'obligation de s'y fier d'office et elle n'induit pas forcément la mise à l'écart du motif de non-exécution relatif aux droits fondamentaux. Il ne s'agit que d'un élément parmi d'autres à concrètement contrôler.

²²⁴² Point 69 de l'arrêt *Dorobantu*.

²²⁴³ Point 114 de l'arrêt *ML*.

Cette assurance n'est pas sans valeur ou sans importance mais la démarche est plus précautionneuse. Concernant le risque de traitement inhumain ou dégradant, les juges français semblent se contenter de simples assurances des autorités gouvernementales²²⁴⁴. Le juge français semble plus sensible aux assurances apportées par une autorité judiciaire en matière de respect des règles fondamentales du procès équitable,²²⁴⁵. Dans le cadre du MAE, l'Etat membre d'émission aura tout intérêt à fournir une « assurance » judiciaire lorsque cela est possible.

La CJUE n'a pas explicitement et précisément déterminé le moment à partir duquel l'Etat membre d'émission peut délivrer une telle assurance. Ce moment doit assurer la maximisation des différents principes de fonctionnement du MAE et assurer la possibilité d'une protection concrète des droits fondamentaux de la personne recherchée. Au regard de la jurisprudence de la CJUE²²⁴⁶, du fondement utilisé²²⁴⁷ aux fins d'intégration des assurances dans le système du MAE et à la protection uniquement individuelle offerte par l'assurance, l'Etat membre d'émission devrait délivrer cette assurance au moment du contrôle *in concreto* du risque réel individuel.

Une assurance trop précoce serait contre-productive. Accepter l'intervention d'une assurance au moment du contrôle *in abstracto* ne permettrait pas de s'assurer de son caractère nécessaire et/ou suffisamment précis en plus d'évincer le contrôle *in concreto*. Cette pratique rapprocherait à nouveau le système de remise du système diplomatique de l'extradition puisqu'une telle assurance anticipe très et même trop largement le renversement de la présomption de confiance. Cela contredirait la logique du principe de confiance mutuelle. Le haut degré de confiance mutuelle et la présomption de protection des droits fondamentaux nécessaires au bon fonctionnement du MAE seraient *in fine* excessivement relativisés. L'autorité judiciaire d'exécution serait également dédouaner de son exercice de justification censé encadrer l'application du motif de refus, en particulier celui relatif au risque individuel. Ces effets divers seraient encore aggravés si l'assurance intervenait avant même que l'autorité judiciaire d'exécution n'envisage une hypothèse justifiant la remise en cause de la confiance mutuelle. Il convient donc d'attendre que le

²²⁴⁴ C. BILLARD, « Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition », mémoire sous la direction de C. SANTULLI, Paris, soutenu au titre de l'année 2018-2019, page 50.

²²⁴⁵ C. BILLARD, « Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition », mémoire sous la direction de C. SANTULLI, Paris, soutenu au titre de l'année 2018-2019, pages 51.

²²⁴⁶ La CJUE mentionne la possibilité de fournir une assurance dans le cadre du contrôle *in concreto* et en cas de risque individuel avéré.

²²⁴⁷ Article 15(3) DC MAE.

risque réel général puis individuel ait été dûment constaté. Cela permet d'abord de maintenir l'approche plus systémique de la protection dans la coopération judiciaire pénale, liés aux respect des valeurs communes de l'UE et ensuite le caractère ponctuel de la remise en cause de la confiance mutuelle. L'assurance devrait intervenir en toute fin de parcours, lorsque l'obligation d'exécution peut être écartée et la présomption de confiance définitivement renversée, c'est-à-dire lorsque le risque réel individuel a été dûment constaté et n'a pas fait l'objet d'un revirement de la part de l'autorité judiciaire d'exécution dans le cadre de l'obligation de report. La délivrance de l'assurance politique ou judiciaire devrait intervenir dans le cadre de l'obligation report de l'exécution du MAE, dans un « délai raisonnable ».

Au regard des critiques qui ont pu être formulées, la jurisprudence de la CJUE va certainement encore faire l'objet d'évolutions et l'on peut alors se demander si la CJUE devrait transposer cette méthodologie à d'autres instruments de la coopération judiciaire pénale fondés sur la technique de la reconnaissance mutuelle, comme la DEE.

4) Une transposition méthodologique questionnable dans le cadre de la DEE

Le législateur européen semble avoir tiré les conséquences des difficultés de mise en œuvre du MAE liées à l'absence de motif de refus explicite relatif aux droits fondamentaux. L'article 11(1)f de la directive DEE dispose ainsi que la reconnaissance ou l'exécution peut être refusée par l'autorité d'exécution lorsqu'« *il existe des motifs sérieux de croire que l'exécution de la mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne serait incompatible avec les obligations de l'État d'exécution conformément à l'article 6 du traité sur l'Union européenne et à la charte* ».

La formulation très large et ouverte du motif est à l'image de l'article 1(3) DC MAE. La question se pose alors si le motif de non-exécution de la directive DEE s'appliquera plus largement ou de façon similaire à celui fondé sur l'article 1(3) DC MAE. La CJUE a clairement exprimé son souhait d'éviter l'application systématique du motif de l'article 11(1)f sans l'avoir encore encadré directement²²⁴⁸. Sans encadrement de la part de la CJUE, l'application du motif de refus de la DEE pourrait être très variable d'un Etat membre à un autre, selon les sensibilités de chacun en matière de protection des droits fondamentaux. L'invocation plus aisée du motif de non-exécution par les autorités judiciaires d'exécution de la DEE pourrait accroître la protection concrète des droits fondamentaux. Elle pourrait cependant aussi porter une atteinte grave voir excessive à la présomption de confiance mutuelle qui apparaît déjà comme plus relative²²⁴⁹. Ce motif pourrait encore devenir un moyen de contournement du principe de primauté et de contestation de l'autonomie du droit de l'Union par l'application conjointe du droit de l'Union et des droits fondamentaux de la CEDH ou de la Constitution nationale. Sans encadrement de la part de la CJUE, il n'y aurait en pratique pas ou peu de limites à son application ni à la façon de l'appliquer.

La directive DEE a été adoptée en 2014²²⁵⁰, avant l'arrêt *Aranyosi*. Il n'est donc pas possible de préjuger de la transposition ou de la non-transposition de la méthodologie du contrôle en deux étapes du risque réel de violation des droits fondamentaux au regard du texte de la directive. En outre, il n'existe actuellement pas de jurisprudence de la CJUE

²²⁴⁸ Voir point 59 de l'arrêt *Gavanozov II*. Le caractère caractère exceptionnel et au cas par cas du motif de refus peut être déduit.

²²⁴⁹ Voir *supra* Partie II Chapitre I Section 1 de la thèse.

²²⁵⁰ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

relative à la mise en application d'un tel motif²²⁵¹. Si transposition il y a, l'application d'une même méthodologie devrait faciliter la mise en œuvre, y compris simultanée, des instruments du MAE et de la DEE. La transposition de la méthodologie « *Aranyosi* » aurait alors l'avantage de proposer une standardisation élargie de la protection concrète des droits fondamentaux de l'Union européenne. La présomption de confiance mutuelle et la protection abstraite des droits fondamentaux seraient assurées de rester le principe tandis que la dimension matérielle de la confiance mutuelle et la protection concrète des droits fondamentaux demeurerait l'exception.

Cette transposition ne va pourtant pas de soi et doit faire l'objet d'une attention particulière. D'une part, la méthodologie « *Aranyosi* » soulève déjà et soulèvera encore certaines interrogations dans le cadre de la mise en œuvre du MAE²²⁵² qui se reporteront sur la DEE. Si la CJUE décide de transposer la méthodologie relative à l'application du motif de non-exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux, la protection concrète des droits fondamentaux pourrait à nouveau paraître trop restrictive²²⁵³. D'autre part, la question de la faisabilité mais aussi de la pertinence d'une telle transposition se pose.

La transposition de la méthodologie semble à certains égards admissible tandis que d'autres éléments tendraient à la conclusion contraire. Il semble que la transposition de la méthodologie du contrôle en deux étapes dans le cadre de l'application du motif de non-exécution de la DEE dépendra essentiellement de la volonté et de l'habileté de la CJUE.

En cas de transposition, le motif de refus serait donc fondé sur l'article 11(1) f) de la directive DEE en combinaison avec une disposition de la CDFUE. Au regard du considérant n°39 du préambule de la directive²²⁵⁴ et conformément la jurisprudence *Melloni* et *Akerberg*, la CJUE pourrait limiter l'invocation de ce motif de refus aux droits

²²⁵¹ Cela s'explique notamment par le fait que les Etats membres ont pu prendre les dispositions nécessaires pour se conformer à la présente directive jusqu'au 22 mai 2017, conformément à l'article 36 de la directive DEE. D'autre part, le contexte de crise sanitaire liée au Covid-19 aura également eu un impact potentiel. Actuellement, la seule jurisprudence relative à la mise en œuvre de la DEE concerne le droit de recours et la notion d'autorité judiciaire d'émission de la DEE. Voir *supra*.

²²⁵² Voir *supra*, ces éléments ayant déjà été discutés, nous n'y reviendrons pas.

²²⁵³ Voir critique *supra*.

²²⁵⁴ Ce considérant dispose en effet que la directive « *respecte les droits fondamentaux et observe les principes inscrits à l'article 6 du traité sur l'Union européenne et dans la charte, notamment son titre VI, dans le droit international et les accords internationaux auxquels l'Union ou l'ensemble des Etats membres sont parties, y compris la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et dans les constitutions des Etats membres dans leur champ d'application respectif* ».

de la CDFUE et ainsi limiter le périmètre de la protection concrète des droits fondamentaux aux droits fondamentaux de l'Union. Resterait à savoir si l'application de cette méthodologie justifierait aussi la transformation du motif facultatif en motif obligatoire de refus. La protection concrète des droits fondamentaux en bénéficierait mais cela irait à l'encontre de la lettre de l'article 11(1) de la directive DEE. La CJUE interprète néanmoins les dispositions du DUE au regard du contexte dans lequel ces dispositions s'inscrivent et des objectifs poursuivis par le texte. Elle pourrait alors dépasser le caractère facultatif du motif comme elle a dépassé le seul principe d'équivalence des voies de recours pour offrir une meilleure protection des droits fondamentaux dans l'arrêt *Gavanozov II*²²⁵⁵.

Si la CJUE continue de limiter l'application du motif de non-exécution du MAE à certains droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 11(1)f) serait aussi combiné avec l'article 4 ou l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE. Dans le cadre de la DEE, ce choix poserait cependant des difficultés nouvelles en terme de protection concrète des droits fondamentaux mais aussi en terme d'efficacité.

Le motif de l'article 11(1)f) combiné à l'article 4 CDFUE ne viserait que les situations se rapprochant de la remise et où une personne est susceptible d'être placée en détention. Au regard du considérant n°25 de la directive DEE, une DEE peut notamment viser le « *transfèrement temporaire de cette personne vers l'État d'émission* ». Si cette personne doit par contre être transférée aux fins de poursuites, y compris pour être renvoyée devant une juridiction aux fins de jugement, c'est un MAE qui devrait être émis²²⁵⁶. Le motif de non-exécution de la DEE relatif au risque de violation de l'interdiction de la torture, des traitements ou peines inhumains ou dégradants serait alors éventuellement pertinent dans les cas de transfèrement temporaire d'une personne, prévus aux articles 22 et 23 de la directive. Le peu de pertinence de la courte durée de détention concernant la conformité des conditions de détention à l'article 4 CDFUE va en ce sens²²⁵⁷. Un tel motif de refus devrait être appliqué de façon très marginale, le transfèrement temporaire des personnes n'étant qu'une mesure d'enquête parmi de

²²⁵⁵ Voir arrêt CJUE (première chambre), 11 novembre 2021, *Gavanozov II*. Affaire C 852/19. voir *supra* Partie I Chapitre 2 Section 1 de la thèse pour plus de détails à ce sujet.

²²⁵⁶ Considérant (25) de la directive DEE.

²²⁵⁷ Point 74 de l'arrêt *Dorobantu*.

nombreuses autres. La protection concrète des droits fondamentaux et la dimension matérielle de la confiance mutuelle dans le cadre de la DEE est réduite de ce fait.

Une DEE peut ainsi être émise en vue du transfèrement temporaire d'une personne détenue dans l'État d'exécution aux fins de l'exécution d'une mesure d'enquête requérant la présence de cette personne sur le territoire de l'État d'émission²²⁵⁸. Dans ce contexte, la personne transférée reste en principe en détention sur le territoire de l'État d'émission pour les faits ou les condamnations pour lesquels elle est maintenue en détention dans l'État d'exécution²²⁵⁹. Une DEE peut aussi être émise en vue du transfèrement temporaire d'une personne détenue dans l'État d'émission aux fins de l'exécution d'une mesure d'enquête requérant sa présence sur le territoire de l'État d'exécution²²⁶⁰. La personne transférée reste alors aussi en détention sur le territoire de l'État d'exécution pour les faits ou condamnations pour lesquels elle est détenue dans l'État d'émission²²⁶¹. Si la première hypothèse de transfèrement se rapproche des affaires *Aranyosi, ML* et *Dorobantu*, et se prête théoriquement à la transposition de la méthodologie du contrôle en deux étapes, la seconde laisse plus perplexe. Dans le cas où le transfèrement s'effectue de l'Etat d'émission vers l'Etat d'exécution, il serait paradoxale pour l'autorité judiciaire d'exécution d'invoquer un risque réel de violation de l'article 4 CDFUE par son propre système pénitentiaire afin de refuser l'exécution de la DEE. En estimant la protection insuffisante dans son Etat membre, elle protège finalement d'avantage la personne à transférer.

Dans le cadre du contrôle *in abstracto* du MAE, la CJUE accepte cependant que l'autorité judiciaire d'exécution s'appuie sur des arrêts de juridictions nationales attestant de la gravité de la situation générale de leur propre Etat membre²²⁶². La CJUE accepte donc les exercices d'auto-critique comme éléments de preuve. L'autorité judiciaire d'exécution de la DEE pourrait donc éventuellement se fier à des arrêts des juridictions nationales de son Etat membre (voire à ses propres arrêts en tant que juridiction ?) dans le cadre du contrôle *in abstracto*, relatifs à un problème de surpopulation carcérale systémique. De même, si dans le cadre du contrôle *in concreto*, la CJUE impose de se fier aux informations données par l'autorité judiciaire d'émission du MAE sur la situation

²²⁵⁸ Article 22(1) de la directive DEE.

²²⁵⁹ Article 22(6) de la directive DEE.

²²⁶⁰ Article 23(1) de la directive DEE.

²²⁶¹ Article 23(2) en combinaison avec l'article 22(6) de la directive DEE.

²²⁶² Voir point 89 de l'arrêt *Aranyosi*, point 60 de l'arrêt *ML*, point 52 de l'arrêt *Dorobantu*, mention explicite au titre des éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés.

individuelle d'une personne lors des échanges prévus à l'article 15(2) DC MAE, on peut imaginer la même approche face aux autorités judiciaires d'émission et d'exécution de la DEE. L'autorité judiciaire d'exécution de la DEE pourrait aussi envisager le risque individuel de la personne à transférer dans son propre Etat membre en raison de ses conditions de détention individuelles.

Le motif fondé sur l'article 11(1)f combiné à l'article 47 alinéa 2 de la CDFUE viserait quant à lui les situations où l'exécution d'une mesure demandée dans le cadre de la DEE conduirait à un risque réel de violation du contenu essentiel au droit à un procès équitable de la personne visée par l'enquête ou le procès. En raison de la nature procédurale de ce droit et de la palette de mesures susceptibles d'être exécutées dans le cadre de la DEE²²⁶³, ce motif pourrait s'appliquer beaucoup plus largement que celui relatif à l'article 4 de la CDFUE. En effet, au regard du droit à un tribunal indépendant et impartial, et partant du contenu essentiel du droit à un procès équitable, le risque de violation pourrait notamment découler de l'absence d'indépendance de la juridiction appelée à ordonner et/ou utiliser les preuves dans le cadre de procédures concernant la personne visée par les mesures d'enquête de la DEE. Au regard de l'importance du principe de présomption d'innocence et des droits de la défense²²⁶⁴, le motif de refus lié à l'équité du procès devrait également viser la façon dont sont produits les éléments de preuves et leur utilisation dans le cadre d'un procès. Les dispositions de l'article 48 CDFUE pourraient être mises en lien avec celles relatives au procès équitable de l'article 47 CDFUE afin d'enrichir son contenu essentiel. Il conviendrait à défaut de dégager un contenu essentiel propre à l'article 48 CDFUE conformément à l'article 52(1) de la CDFUE auquel le préambule de la directive renvoie²²⁶⁵ et d'étendre l'application du motif de refus sur le fondement de l'article 11(1)f de la directive DEE et de l'article 48 CDFUE. On pourrait aussi imaginer un motif de non-exécution fondé sur l'article 11(1)f de la directive DEE et sur les articles 4 et 47 CDFUE combinés. Celui-ci viserait le cas où des éléments de preuves ou déclaration sont obtenus sous la torture, traitement inhumain ou dégradant et ensuite utilisés pour inculper ou juger un individu dans le cadre du procès pénal, ce qui rendrait la procédure inéquitable²²⁶⁶.

²²⁶³ Voir notamment la liste des mesures toujours disponibles à l'article 10(2) DC MAE.

²²⁶⁴ Considérant (12) de la directive DEE.

²²⁶⁵ Considérant (12) de la directive DEE.

²²⁶⁶ Cette idée est inspirée de la jurisprudence de la Cour de cassation voir *supra* Partie I Chapitre 2 Section 2 a).

Le motif de refus est *a priori* invocable pour toute mesure d'enquête demandée dans le cadre d'une DEE²²⁶⁷. La combinaison de l'article 11(1)f) de la directive DEE avec d'autres droits fondamentaux de CDFUE se poserait alors également. L'exécution d'une mesure d'enquête dans le cadre d'une DEE pourrait plus souvent et plus durement toucher certains droits fondamentaux que la remise d'une personne. Le droit à la vie privée garanti par l'article 7 CDFUE pourrait être touché par l'interception des correspondances et communications privées²²⁶⁸ ou lors de perquisitions au domicile privé. Dans ce cas, la constatation du risque général issu d'une défaillance systémique ou généralisée proviendrait essentiellement du régime applicable à la mesure en question dans l'Etat membre d'émission. Le caractère parfois très technique des mesures à exécuter justifieraient ensuite l'observation du risque réel individuel. Ainsi, le régime de perquisitions au domicile privé pourrait par exemple représenté un risque réel *in abstracto* au regard du droit à la vie privée en raison des règles générales trop permissives qu'il comprend. La mesure de perquisition telle que décidée par l'autorité compétente dans l'Etat d'émission et telle qu'elle devrait être exécutée dans le cadre de la DEE constituerait alors un risque réel individuel de violation du droit à la vie privée de par son caractère concrètement disproportionné au regard de la nature du lieu, de la situation familiale de la personne visée, du lien entre le lieu et l'infraction, le degré de suspicion, l'horaire etc.

La procédure de contrôle en deux étapes du risque réel de violation d'un droit fondamental de la CDFUE serait *a priori* à effectuer par l'autorité d'exécution de la DEE mais celle-ci n'est pas forcément judiciaire ni parée de qualités propres à assurer une fonction protectrice²²⁶⁹.

L'effet filtrant du contrôle *in abstracto* pourrait aussi être largement relativisé dans le cadre de la DEE. L'existence de défaillances généralisées ou systémiques vis-à-vis du droit à un procès équitable ou d'un autre droit de nature procédural dans un Etat membre d'émission pourrait potentiellement conduire à la possible contestation de chaque mesure d'enquête demandée par cet Etat membre malgré leur diversité. Elle pourrait

²²⁶⁷ En ce sens, l'application des motifs de refus de l'article 11(1) aux mesures devant en principe être toujours disponibles est admise à l'article 10(2) de la directive DEE. L'application du motif de l'article 11(1) f) ne connaît pas de limitation ou d'exception particulière en fonction des mesures demandées dans le cadre d'une DEE, y compris lorsque cela concerne les mesures d'enquête particulière du chapitre IV ou V.

²²⁶⁸ Article 30 de la directive DEE.

²²⁶⁹ Voir *supra* Partie II Chapitre I Section 1 les développements relatifs à l'autorité judiciaire dans la DEE.

entraîner une augmentation importante des contrôles en vue de l'application du motif de refus d'exécution de la DEE. Cela dépendra notamment de ce qui sera effectivement compris dans le contenu essentiel du droit à un procès équitable. La seule limite restante à l'application du motif sur ce fondement proviendrait alors du contrôle *in concreto*.

L'application d'un contrôle *in concreto* pourrait aussi poser difficulté. Par transposition, l'autorité d'exécution devrait exiger des informations complémentaires d'urgence à l'autorité d'émission, conformément au principe de confiance réciproque. Pourtant, si la DC MAE insiste sur les échanges d'informations entre autorités judiciaires, la directive relative à la DEE met plutôt l'accent sur une obligation d'informer ou de notifier de l'autorité d'exécution de la DEE envers l'autorité d'émission. Aucun article spécifique aux échanges d'informations entre les autorités n'apparaît dans la directive DEE. La CJUE pourrait toujours procéder à la transposition de cette exigence sur le fondement de l'article 11(4) de la directive DEE. En effet, avant de décider de l'application du motif de refus de l'article 11(1) f), et décider de ne pas reconnaître ou exécuter, en tout ou partie, une DEE, « *l'autorité d'exécution consulte l'autorité d'émission par tout moyen approprié et, le cas échéant, demande à l'autorité d'émission de fournir sans tarder toute information nécessaire* ».

Les échanges d'informations entre l'autorité d'émission et l'autorité d'exécution pose une difficulté encore plus importante en raison des notions d'autorité d'émission, d'autorité judiciaire d'émission et d'autorité d'exécution dans le cadre de la DEE²²⁷⁰. Premièrement, il conviendrait d'imposer l'échange avec l'autorité judiciaire d'émission, quelle prenne elle-même la DEE ou qu'elle ne fasse que la valider. Cette solution obligerait la mise en place d'une coordination éventuellement complexe entre l'autorité d'émission et l'autorité judiciaire d'émission de la DEE alors que cette dernière est moins directement concernée par l'affaire. L'autorité d'exécution de la DEE n'est pas non plus obligatoirement judiciaire. Deuxièmement, l'absence de qualités intrinsèques des autorités judiciaires dans le cadre de la DEE semble largement compliquer l'utilisation d'un système d'échanges d'informations « judiciaire » fondé sur la confiance réciproque entre celles-ci comme dans le cadre du MAE. La CJUE pourrait cependant accepter un système d'échange pseudo-judiciaire. En effet, elle estime que l'interférence dans la jouissance des droits fondamentaux est d'une moindre gravité²²⁷¹ et que la confiance mutuelle est plus relative dans de la DEE.

²²⁷⁰ Voir *supra* Partie II Chapitre I Section 1 de la thèse.

²²⁷¹ Voir point 73 de l'arrêt *A et a*.

En admettant la transposition des contrôles *in abstracto* et *in concreto*, qu'en est-il de l'obligation de report ? Les mêmes objectifs d'efficacité et de célérité pourraient être mis en avant²²⁷². Le report, d'une durée raisonnable, n'interviendrait qu'après la constatation du risque réel individuel. Il porterait sur la décision sur l'exécution de la DEE puisque son but serait éventuellement d'amener l'autorité judiciaire d'exécution à changer d'opinion quant à la réalité du risque, suite à de nouveaux échanges. L'obligation de report dans le cadre de la DEE semble dérisoire en terme de contrainte car l'autorité d'exécution dispose autrement de différentes possibilités de refus ou d'alternatives²²⁷³.

Le report impliquerait en principe le dépassement des délais prévus à l'adoption de la décision sur l'exécution de la DEE par l'article 12 de la directive. Ces délais sont spécifiquement prévus aux dispositions de l'article 12(2)(3)(5). Le report interviendrait au plus tard 30 jours après la date déterminée en fonction des délais indiquées par l'autorité judiciaire d'émission²²⁷⁴ ou, au maximum, 60 jours après réception de la DEE²²⁷⁵. L'obligation d'exécution de la DEE serait ainsi maintenue après le dépassement des délais de l'article 12 de la directive. En particulier, le droit français prévoit notamment à l'article 694-24 CPP que « *(l)e non-respect des délais d'exécution de la demande d'enquête européenne ne peut constituer une cause de nullité des actes accomplis* ». Cela sous-entendrait que l'obligation d'exécution pourrait effectivement être maintenue et la mesure d'enquête accomplie au-delà des délais imposés. Il ne s'agit cependant que du droit français de transposition, qui va au-delà du texte de la directive DEE ou du droit allemand²²⁷⁶. Lors du report, l'autorité compétente devrait aussi être vigilante au respect de l'article 6 CDFUE et 48 CDFUE²²⁷⁷ en cas de détention en vue de l'exécution de la DEE. A l'issue de la période de report, soit le motif de refus est appliqué, soit, si le risque est écarté, la DEE est exécutée.

Les possibilités de report « *de la reconnaissance ou de l'exécution* » sont explicitement prévus à l'article 15 de la directive DEE. Il n'est pas tout-à-fait clair au regard de la formulation si ce report vise la décision sur l'exécution et la reconnaissance

²²⁷² Voir considérant (6) de la directive DEE. Référence à l'importance des délais et de la limitation des motifs de refus d'exécution.

²²⁷³ Voir *infra*.

²²⁷⁴ Article 12(2) combiné avec article 12(5) directive DEE.

²²⁷⁵ Article 12(3) combiné avec article 12(5) directive DEE.

²²⁷⁶ Voir § 91g « Fristen » de l'IRG.

²²⁷⁷ Conformément à la jurisprudence de la CJUE relative au MAE et au considérant (12) de la directive DEE.

de la DEE ou plutôt l'exécution pratique de la mesure d'enquête. Cette absence de clarté ne devrait pas stopper la CJUE qui a déjà combiné les dispositions relatives aux délais visant la décision sur l'exécution du MAE avec celles relatives au report de la remise. Le caractère plus précis des motifs de report de la DEE pourrait en revanche l'handicaper davantage. En effet, « *(l) la reconnaissance ou l'exécution de la décision d'enquête européenne peut être reportée dans l'État d'exécution lorsque son exécution risque de nuire à une enquête criminelle ou à des poursuites pénales en cours, jusqu'au moment jugé raisonnable par l'État d'exécution* »²²⁷⁸ ou lorsque « *les objets, documents ou données concernés sont déjà utilisés dans le cadre d'une autre procédure, jusqu'à ce qu'ils ne soient plus nécessaires à cette fin* »²²⁷⁹. Ces deux hypothèses visent le report de l'exécution de la mesure demandée pour des raisons techniques. L'exécution de la DEE est en principe acceptée mais l'exécution de la mesure demandée est différée afin d'assurer l'efficacité des propres procédures de l'Etat membre d'exécution. Aucune des hypothèses n'a d'ailleurs de lien avec des circonstances exceptionnelles, les droits fondamentaux, ou des raisons humanitaires.

Si l'obligation de report est tout de même transposée, c'est dans ce cadre que devrait être envisagée la délivrance d'assurances²²⁸⁰. Il n'est cependant pas certain que la CJUE puisse trouver un fondement à leur acceptation dans le cadre de la DEE. La seule option serait éventuellement de s'appuyer sur la nécessité de conclure des accords entre l'Etat membre d'exécution et l'Etat membre d'émission aux fins de procéder à une mesure d'enquête et d'en déduire la possibilité de donner unilatéralement des assurances. La conclusion d'accords n'est pourtant prévue que pour *certaines mesures d'enquête particulières* du chapitre IV de la directive DEE. L'acceptation générale des assurances sur ce fondement conduirait à généraliser un élément limité et spécifique dans le texte de la directive. La délivrance d'assurances devrait-elle dans ce cas être limitée aux cas où la DEE concerne une mesure du chapitre IV de la directive ? D'autre part, un accord commun est de nature bilatérale et engage les deux parties tandis que l'assurance a été présentée comme un acte unilatéral qui ne lie juridiquement que celui qui le délivre. L'accord et l'assurance n'interviennent pas non plus au même moment. L'accord intervient en amont, préalablement à la décision sur l'exécution de la DEE,

²²⁷⁸ Article 15(1) a) de la directive DEE.

²²⁷⁹ Article 15(1) b) de la directive DEE.

²²⁸⁰ Voir *supra*, la critique du système des assurances dans le cadre du MAE.

tandis que l'assurance est une solution de tout dernier recours. En déduire la possibilité de délivrer des assurances irait donc encore plus loin que la transformation de l'information volontairement et spontanément donnée dans le cadre du système d'échange judiciaire d'information du MAE en assurance²²⁸¹. Cette possibilité crispierait aussi encore davantage le débat autour de la notion d'autorité judiciaire d'émission de la DEE. En effet, une assurance délivrée par une autorité judiciaire d'émission dans le cadre du MAE est une assurance qui bénéficie d'une crédibilité particulière en raison de la qualité de son auteur²²⁸². L'autorité judiciaire d'émission de la DEE ne disposant pas des mêmes qualités, notamment en matière d'indépendance, son assurance ne devrait pas bénéficier de la même crédibilité. Quel intérêt dans ce cas ?

En dehors de la question de savoir si la méthodologie « *Aranyosi* » pourrait être applicable, la question de la pertinence de cette transposition se pose encore. L'autorité judiciaires d'exécution de la DEE dispose *a priori* d'autres moyens qui lui permettrait d'écarter l'exécution de la DEE quand bien même l'application d'un motif de refus relatif aux droits fondamentaux serait largement encadrée.

L'autorité d'exécution contrôle la proportionnalité de la mesure d'enquête demandée vis-à-vis du droit fondamental touché²²⁸³. Si le contrôle de la proportionnalité de la mesure envisagée incombe principalement à l'autorité d'émission en tant que condition de validité de la DEE²²⁸⁴, lorsque l'autorité d'exécution a des raisons de penser que cette condition n'a pas été respectée, elle peut consulter l'autorité d'émission sur l'importance d'exécuter la DEE²²⁸⁵. Cette consultation est envisagée sous la forme d'un dialogue mais l'autorité d'émission a tout intérêt à prendre en considération l'opinion de l'autorité d'exécution dont dépend la bonne exécution de la mesure d'enquête. La précision, selon laquelle cette consultation peut conduire l'autorité d'émission à décider

²²⁸¹ Article 15(3) DC MAE, voir explications *supra*.

²²⁸² Voir *supra*.

²²⁸³ Voir notamment point 66 de l'arrêt *A et a*.

²²⁸⁴ Article 6(1) a) en combinaison avec article 6(2) de la directive DEE.

²²⁸⁵ Article 6(3) de la directive DEE.

F. SIRACUSANO, « The European Investigation Order for Evidence Gathering Abroad », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 85 à 101.

de retirer la DEE, est en ce sens significative²²⁸⁶. Consécutivement au contrôle de proportionnalité, l'autorité d'exécution peut proposer une mesure d'enquête alternative. L'autorité d'exécution peut recourir à une mesure d'enquête autre que celle indiquée dans la DEE si la mesure d'enquête choisie par l'autorité d'exécution permet d'obtenir le même résultat que la mesure indiquée dans la DEE par des moyens moins intrusifs²²⁸⁷. À titre d'exemple, une mesure alternative au transfèrement temporaire vers l'Etat membre d'émission d'une personne détenue pourrait consister en l'audition d'un suspect ou une personne poursuivie par vidéoconférence ou par un autre moyen de transmission audiovisuelle²²⁸⁸. Dans ce cadre, il est notamment prévu que les suspects ou les personnes poursuivies soient préalablement informés des droits procéduraux qui leur sont reconnus par le droit de l'État d'exécution et de l'État d'émission, y compris le droit de ne pas témoigner²²⁸⁹. L'autorité d'exécution garde en outre une certaine maîtrise des modalités pratiques d'exécution de la mesure²²⁹⁰. Il est également fait référence au respect des principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution sans que ceux-ci soit précisés²²⁹¹. Cette solution s'inscrit dans une optique de conciliation maximale entre protection des droits fondamentaux et principe d'exécution de la DEE. La mesure alternative conduit à l'exécution de la DEE et à l'obtention de preuves, tandis que la protection concrète des droits fondamentaux est mieux assurée du fait même de la plus grande proportionnalité de la mesure. Si l'autorité d'exécution « décide de recourir » à une mesure d'enquête alternative, « elle en informe préalablement l'autorité d'émission, qui peut décider de retirer ou de compléter la décision d'enquête européenne »²²⁹². L'autorité judiciaire d'émission n'a alors que deux options *a priori* : accepter la mesure alternative ou renoncer à l'exécution de la DEE sans obtenir aucun élément de preuve quelconque. Le choix paraît plutôt évident et contraint. La mesure alternative permet à

²²⁸⁶ Article 6(3) de la directive DEE. rappel au point 66 de l'arrêt *A et a*.

²²⁸⁷ Article 10(3) de la directive DEE.

²²⁸⁸ Article 24(1) de la directive DEE.

²²⁸⁹ Article 24(5) e) de la directive DEE.

²²⁹⁰ Article 24(3) de la directive DEE.

²²⁹¹ Article 24(5) a) de la directive DEE.

²²⁹² Article 10(4) de la directive DEE.

l'autorité d'exécution de prévenir, voire de remplacer, l'application d'un motif de refus fondé sur l'article 11(1) f) de la directive²²⁹³.

Dans le cadre des mesures d'enquête particulières²²⁹⁴, l'autorité judiciaire d'émission doit par ailleurs se soumettre à un exercice de justification renforcée quant à la pertinence et la nécessité de recourir à ses mesures spécifiques²²⁹⁵. La demande de telles mesures permet aussi d'opposer des motifs de refus additionnels qui pourraient être un moyen indirect de veiller à la protection des droits fondamentaux. Ces motifs additionnels concernent l'absence de consentement de la personne visée par la mesure²²⁹⁶, le non-respect des principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution²²⁹⁷, voire le cas où la mesure d'enquête demandée ne serait pas autorisée dans le cadre d'une procédure nationale similaire²²⁹⁸. La personne visée peut ainsi retrouver un rôle dans la protection de ses propres droits. Les principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution ne sont pas exhaustivement définis et pourraient bien inclure des valeurs comme l'état de droit ou le respect de la dignité humaine. Sans constituer un motif de refus, il est d'ailleurs aussi généralement prévu que l'autorité d'exécution respecte les formalités et procédures indiquées par l'autorité d'émission sous réserve que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit de l'Etat d'exécution²²⁹⁹. Enfin, l'absence d'autorisation d'une mesure particulière dans une procédure nationale similaire de l'Etat d'exécution peut avoir comme raison sous-jacente la protection des droits fondamentaux, notamment l'équité de la procédure. En matière de perquisition, si les autorités allemandes ordonnaient par DEE une perquisition en

²²⁹³ La proportionnalité comme limite envisagée à la reconnaissance mutuelle : voir V. MITSILEGAS, « Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Co-ordination and Centralisation » , in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in *European Criminal Law*, 2016, pages 83 à 123.

²²⁹⁴ Chapitre IV ou V de la directive DEE.

²²⁹⁵ Articles 26(5), 27(4), 28(3), 29(2), 30(4) de la directive DEE.

²²⁹⁶ Articles 22(2) a), 23(2), 24(2) a) de la directive DEE.

²²⁹⁷ Articles 24(2) b) et 24(5) a), article 25(2) de la directive DEE. Cette notion n'a pas encore été définie.

²²⁹⁸ Articles 26(6), 27(5), 28(1), 29(3) a), 30(5) 31(3) de la directive DEE.

²²⁹⁹ Article 9(2) de la directive DEE.

France au domicile d'une personne avant 6 h du matin²³⁰⁰, sauf règles spéciales²³⁰¹, les autorités françaises pourraient s'y opposer sur le fondement de l'article article 694-36 du CPP²³⁰². L'encadrement des horaires de perquisition est lié à la protection de la vie privée²³⁰³. D'autres règles protectrices spécifiques à chaque mesure particulière peuvent encore exister. Le transfèrement temporaire de personnes détenues vers l'État d'émission ou d'exécution aux fins de réalisation d'une mesure d'enquête peut par exemple être refusé si le transfèrement est susceptible de prolonger la détention de cette personne²³⁰⁴. L'autorité d'exécution devrait profiter du fait que les mesures d'enquête particulières²³⁰⁵ doivent en principe être encadrées par un accord commun. Les autorités doivent par exemple se mettre d'accord sur les modalités pratiques du transfèrement temporaire d'une personne, « *y compris le détail de ses conditions de détention dans l'État d'émission* », et « *les dates limites auxquelles elle doit être transférée du territoire de l'État d'exécution et renvoyée sur ce territoire* »²³⁰⁶. La prise en considération de l'état physique et mental de la personne concernée est notamment envisagée²³⁰⁷. Ce cadre prédéfini peut ainsi favoriser la proportionnalité de la mesure et la prise en compte d'aspects relatifs à la protection des droits fondamentaux.

La CJUE devra donc prendre en compte les caractéristiques de la DEE et les différents outils dont dispose l'autorité d'exécution lorsqu'elle dégagera la méthodologie

²³⁰⁰ Voir articles 95 et 96 CPP qui renvoient à l'article 59 CPP. Les perquisitions ne sont pas autorisées avant 6 heures et après 21 heures, sauf exceptions légales. La violation de ces dispositions rend la mesure nulle et non avenue.

²³⁰¹ Voir dispositions spéciales pour les perquisitions en lien avec des infractions liées à la drogue article 706-26 CPP, article 706-28 CPP, aux activités de prostitution articles 706-34, 706-35 CPP, à la lutte contre la criminalité organisée, etc : se référer à D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages.

²³⁰² D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages.

²³⁰³ D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages.

²³⁰⁴ Article 22(2) b) et article 23(2) en combinaison de l'article 22(2) b) de la directive DEE.

²³⁰⁵ Article 22(5) ; article 23(2) en combinaison de l'article 22(5) ; article 24(3) ; article 25(2) combiné à l'article 24(3) ; article 28(2) ; article 29(4) en combinaison avec l'article 29(3) b) ; article 30(5) de la directive DEE.

²³⁰⁶ Article 22(5) de la directive DEE.

²³⁰⁷ Article 22(5) de la directive DEE.

applicable au motif de non-exécution de l'article 11(1)f de la directive DEE. Transposer à l'identique la méthodologie *Aranyosi* ne semble pas forcément la meilleure solution. Bien sûr, cela rendrait la mise en œuvre cohérente des différents instruments de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire pénale plus compliquée. La CJUE a néanmoins déjà initié une certaine différenciation entre le MAE et la DEE concernant la définition de la notion d'autorité judiciaire. Certaines difficultés méthodologiques en découlent d'ailleurs. Elle pourrait donc adapter, différencier la méthodologie applicable concernant le motif de non-exécution. Quelle que soit la méthodologie retenue, la CJUE devra aussi réfléchir au lien entre l'application du motif de refus d'exécution du MAE relatif aux droits fondamentaux et l'émission d'une DEE dans une même affaire, en particulier si l'application du motif de refus de l'article 11(1)f de la directive est envisagée.

Conclusion Chapitre 1 :

Le principe de protection des droits fondamentaux doit encore davantage être concrétisé et précisé que ce soit concernant la définition de la notion d'autorité judiciaire ou la méthode d'application des motifs de non-exécution des instruments du MAE et de la DEE. D'autre part, la spécialisation et le particularisme des systèmes de protection judiciaire dans la mise en œuvre des instruments du MAE et de la DEE sont critiquables. L'ensemble complique la recherche d'une cohérence globale de la coopération judiciaire pénale sans qu'on sache vraiment si cette tendance à la différenciation pourrait être évitée.

Face à ces critiques, le règlement portant création du nouveau Parquet européen parvient-il à une traduction originale et une articulation (plus) satisfaisantes des principes structurants de la coopération judiciaire pénale dans l'ELSJ ?

CHAPITRE 2: Le nouveau Parquet européen : la (dés-)articulation originale des principes structurants ?

Ce dernier chapitre vise à observer la mise en articulation des principes structurants de la coopération judiciaire pénale lors de l'instauration du nouveau Parquet européen. Il ne s'agit plus d'un instrument mais d'un nouvel organe. Les principes de confiance mutuelle, de primauté du DUE et de protection des droits fondamentaux seront donc traduits sous une forme spécifique dans le règlement portant création du Parquet européen.

Le règlement²³⁰⁸ fixe le statut du Parquet européen, les conditions d'exercice de ses compétences, les règles de procédure applicables à ses actions et à l'admissibilité des preuves qu'il rassemble et définit le contrôle juridictionnel auquel il est soumis dans l'exercice de ses fonctions²³⁰⁹. Le Parquet européen devrait constituer une « autorité judiciaire » européenne²³¹⁰ dotée de qualités et de prérogatives assurant l'efficacité de ses enquêtes et de ses poursuites dans un cadre suffisamment autonome et respectueux des droits fondamentaux de l'Union²³¹¹.

D'un point de vue des conditions préalables aux pouvoirs d'enquête et de poursuite, il existe des prérequis statutaires et organisationnels à une présomption de confiance envers le Parquet européen mais ce potentiel n'est pas nourri, renforcé par la primauté d'un droit de l'Union suffisamment uniforme (**Section 1**). Ensuite, malgré la reconnaissance de pouvoirs d'enquête et de poursuite, l'efficacité du Parquet européen et le respect concret des droits fondamentaux restent en pratique excessivement dépendants des Etats membres et de leur droit national faute de vraie confiance envers le

²³⁰⁸ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen (ci-après « le règlement relatif au Parquet européen »).

²³⁰⁹ Ces éléments sont inscrits dans l'article 86(3) du TFUE. Le présent chapitre s'appuiera également sur le règlement intérieur du Parquet européen adopté le 12 octobre 2020 par Décision du Collège du Parquet européen 003/2020, tel que modifié et complété par la Décision 085/2021 du 11 août 2021 et la Décision 026/2022 du 29 juin 2022 (ci-après « le règlement intérieur du Parquet européen ») qui détaille certains aspects pertinents pour notre démonstration.

²³¹⁰ Bien que le règlement relatif au Parquet européen ne qualifie pas explicitement celui-ci d'autorité judiciaire, nombre d'auteurs qualifient ainsi cet organe. Voir notamment la thèse de H. CHRISTODOULOU, *Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses volume n°201, 2021, 518 pages - et la doctrine qui y est référencée.

²³¹¹ Idée d'harmonisation approfondie, de confiance renforcée et des réductions des « réserves de souveraineté » chez C. TRENTMANN, « Eurojust und Europäische Staatsanwaltschaft – Auf dem richtigen Weg? », *ZStW* 129(1), 2017, pages 108 à 145.

Parquet européen (**Section 2**). Les principes structurants de la coopération judiciaire semblent en quelque sorte désarticulés ou articulés « en négatif » dans le cadre de la mise en place du Parquet européen. Les principes structurants semblent dissociés les uns des autres et ne servent pas à se renforcer mutuellement.

Section 1: La création d'une autorité judiciaire européenne dans un cadre insuffisamment harmonisé : une présomption de confiance aux effets limités

Les prémisses à l'exercice des compétences du Parquet sont marquées par une prudence initiale malgré la mise en place de bases favorables à la validité et l'efficacité des activités du Parquet européen. Le Parquet dispose les qualités requises d'une « autorité judiciaire » amenée à exercer des fonctions susceptibles de contrarier les droits fondamentaux tout en menant une politique pénale européenne efficace et autonome **(1)**. Le Parquet européen est une « autorité judiciaire européenne » autonome mais intégrée. Sa structure et son organisation complexes permettent à la fois son indépendance mais également une représentativité des différents intérêts européens et nationaux nécessaire à l'acceptation du Parquet européen. Chaque membre composant les différents échelons du Parquet européen dispose d'une indépendance « adaptée », propre et crédible. La répartition interne des compétences lui répond en conséquence.

La confiance qui peut être placée dans le Parquet européen en tant qu'autorité judiciaire d'enquête et de poursuite n'est malheureusement pas combinée et renforcée par un cadre suffisamment clair et précis, uniformisé du déclenchement de ses compétences **(2)**. Le déclenchement des enquêtes du Parquet européen apparaît dans un premier temps comme autonome et prioritaire et comme lui accordant un rôle pro-actif favorable à l'efficacité du droit pénal matériel de l'Union européenne qui délimite sa compétence. Dans un second temps néanmoins, ce déclenchement apparaît handicapé par l'imprécision du cadre dans lequel il s'exerce, laissant ainsi une large possibilité de discussion et d'opposition des autorités nationales. L'application alors marginalisée du principe de primauté du droit de l'Union, avant même la conduite effective des enquêtes et des poursuites par le Parquet européen, relativise la possible efficacité du Parquet européen.

1) Une autorité judiciaire autonome mais intégrée : indépendance et hiérarchie « multi-niveaux »

En tant qu'autorité judiciaire de l'Union européenne, le Parquet européen est appelé à participer à l'administration de la justice²³¹² et devrait être en mesure d'exercer cette fonction de façon indépendante²³¹³. De telles garanties assurent la dimension protectrice de sa fonction d'enquête et de poursuite. Le respect des droits de la CDFUE, l'Etat de droit, la proportionnalité et de l'impartialité de l'enquête qui sont les « *principes de base* »²³¹⁴ régissant les activités du Parquet européen sont mieux assurés lorsque le Parquet européen dispose d'une indépendance suffisante. L'indépendance du Parquet est aussi favorable à une présomption de confiance et devraient justifier sa grande efficacité d'action²³¹⁵. Lorsque le Parquet européen prend ou ordonne des mesures d'enquête coercitives, celui-ci doit pouvoir agir efficacement au nom de l'intérêt général européen tout en respectant les droits de la personne suspectée ou accusée. Son indépendance permet de présumer qu'il s'agit d'une enquête justifiée et proportionnée, dans le respect du droit.

Le Parquet européen fonctionne comme un « parquet unique » mais intégré²³¹⁶, organisé en un double niveau central et décentralisé²³¹⁷. Le niveau central consiste en un Bureau central²³¹⁸ composé du chef du Parquet européen²³¹⁹ et de ses adjoints, du

²³¹² En accord avec la jurisprudence de la CJUE : voir notamment point 33 de l'arrêt CJUE (quatrième chambre), 10 novembre 2016, *Krzysztof Marek Poltorak*, Affaire C-452/16 PPU; point 34 de l'arrêt CJUE (quatrième chambre), 10 novembre 2016, *Ruslanas Kovalkovas*, Affaire C-477/16 PPU; point 50 de l'arrêt CJUE (grande chambre), 27 mai 2019, *OG et PI*, Affaires C-508/18 (OG) et C-82/19 PPU (PI), point 29 de l'arrêt CJUE (grande chambre), 27 mai 2019, *PF*, Affaire C-509/18; point 52 de l'arrêt CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *JR & YC*, Affaires C-566/19 PPU (JR) et C-626/19 PPU (YC), point 36 de l'arrêt CJUE (troisième chambre), 21 janvier 2020, *MN*, Affaire C-813/19 PPU; point 37 de l'arrêt CJUE (première chambre), 10 mars 2021, *PI*, Affaire C-648/20 PPU.

²³¹³ En accord avec la jurisprudence de la CJUE : voir notamment point 73 de l'arrêt CJUE (grande chambre), 27 mai 2019 *OG et PI*. Affaires C-508/18 (OG) et C-82/19 PPU (PI); point 51 de l'arrêt CJUE (grande chambre), 27 mai 2019, *PF*. Affaire C-509/18. Rappel des deux critères cumulatifs au point 52 de l'arrêt CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *JR & YC*. Affaires C-566/19 PPU (JR), C-626/19 PPU (YC).

²³¹⁴ Voir article 5 du règlement relatif au Parquet européen.

²³¹⁵ Cela a été développé dans la Partie II, Chapitre 1, Section 1 de la présente thèse.

²³¹⁶ Article 8(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²³¹⁷ Article 8(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²³¹⁸ Article 8(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²³¹⁹ Article 11 du règlement relatif au Parquet européen.

collège²³²⁰, des chambres permanentes²³²¹ et des procureurs européens²³²². Le projet initial de la Commission européenne privilégiait un procureur européen unique secondé de procureurs adjoints²³²³ mais le règlement retient une structure collégiale plus intergouvernementale et accorde une plus grande confiance aux Etats membres. Cette structure traduit aussi la prudence initiale des Etats-membres envers ce Parquet²³²⁴. Le niveau décentralisé²³²⁵ est quant à lui constitué des procureurs européens délégués (ci après « PED »)²³²⁶ affectés dans les États membres. Au total, vingt-deux Etats membres participent à la coopération renforcée mise en place. L'Irlande, la Hongrie, la Pologne, la Suède, le Danemark (et le Royaume-Unis²³²⁷) n'y participent pas.

Au sein du Parquet européen, une gradation « en échelons », bien plus progressive que la simple distinction centralisé/décentralisé, combine donc des éléments de supranationalité avec des éléments nationaux et intergouvernementaux. Ce système complexe et multi-niveaux doit assurer les prérequis à son efficacité et sa validité et les exigences entourant la notion d'autorité judiciaire seront ainsi combinées avec ces éléments structurels et organisationnels. Les caractéristiques du Parquet européen doivent poser les bases de l'indépendance du Parquet vis-à-vis de l'extérieur²³²⁸ et permettre un fonctionnement interne hiérarchisé. C'est à cette condition qu'une politique pénale propre, cohérente, proportionnée et respectueuse des droits fondamentaux du Parquet européen peut être élaborée.

²³²⁰ Article 9 du règlement relatif au Parquet européen.

²³²¹ Article 10 du règlement relatif au Parquet européen.

²³²² Article 12 du règlement relatif au Parquet européen.

²³²³ Article 6 de la Proposition de la Commission européenne de Règlement du Conseil portant création du Parquet européen, COM(2013) 534 final du 17.7.2013. Ci-après « le projet de règlement de 2013 ».

²³²⁴ Voir notamment le considérant (20) du règlement relatif au Parquet européen. Voir aussi M. L. WADE, « *The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form* », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 165 à 180.

²³²⁵ Article 8(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²³²⁶ Article 13 du règlement relatif au Parquet européen.

²³²⁷ Celle-ci n'était plus possible en raison sa sortie de l'Union européenne, aujourd'hui actée.

²³²⁸ Considérant (16) du règlement relatif au Parquet européen.

Une indépendance fonctionnelle est garantie à tous les membres du Parquet européen²³²⁹. Tous ses membres agissent dans l'intérêt de l'Union dans l'exercice des fonctions qui leur sont dévolues, et aucun membre ne sollicite ni n'accepte d'instructions d'aucune personne extérieure au Parquet européen, d'aucun État membre de l'Union européenne, ou d'aucune institution, d'aucun organe ou organisme de l'Union²³³⁰. Le Parquet européen ne suit ni les instructions directes ni les instructions indirectes externes, générales ou individuelles d'où qu'elles proviennent. L'indépendance fonctionnelle est donc largement pensée²³³¹. La consécration de l'indépendance fonctionnelle du Parquet européen vise aussi activement les autres acteurs de l'Union et, en particulier les États membres. Les États membres et les institutions, organes et organismes de l'Union européenne doivent respecter cette indépendance et ne pas chercher à exercer une influence²³³².

Outre cette indépendance fonctionnelle commune à l'ensemble du Parquet européen, une indépendance organique adaptée de ses différents membres est prévue. Une logique de nomination et de révocation²³³³ spécifique est ainsi élaborée en fonction de la division entre le niveau central et décentralisé et pour chaque échelon du Parquet européen. On envisage une légitimité et une indépendance multi-niveaux vis-à-vis de l'Union européenne et des États membres. Le niveau centralisé, plus marqué par l'intégration européenne, sera le plus indépendant²³³⁴ tandis que le niveau décentralisé

²³²⁹ Conformément à la jurisprudence de la CJUE relative au MAE, une autorité judiciaire doit agir de manière indépendante dans l'exercice de ses fonctions. voir notamment point 74 de l'arrêt CJUE (grande chambre), 27 mai 2019, *OG et PI*. Affaires C-508/18 (*OG*) et C-82/19 PPU (*PI*).

²³³⁰ Article 6(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²³³¹ Elle va au-delà des exigences posées dans le cadre du MAE, où la CJUE qui accepte les instructions générales externes, voir l'arrêt de la CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *JR & YC*. Affaire JR (C-566/19 PPU), YC (C-626/19 PPU). Dans le cadre du MAE, des règles statutaires et organisationnelles, propres à garantir que l'autorité judiciaire ne soit pas exposée à un quelconque risque d'être soumise à une *instruction individuelle extérieure* lors de l'adoption d'une décision, doivent être mises en place : voir notamment point 74 de l'arrêt CJUE (grande chambre), 27 mai 2019, *OG et PI*. Affaires C-508/18 (*OG*) et C-82/19 PPU (*PI*).

²³³² Article 6(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²³³³ Considérant (18) du règlement relatif au Parquet européen. La possibilité de révocation est envisagée comme une contrepartie à l'indépendance et aux pouvoirs conférés au Parquet européen mais elle marque en vérité également l'indépendance du Parquet européen, adaptée à chaque niveau.

²³³⁴ Considérant (40) du règlement relatif au Parquet européen: Au niveau centralisé, « (l)a procédure de nomination du chef du Parquet européen et des procureurs européens devrait garantir leur indépendance. Ceux-ci devraient tirer leur légitimité des institutions de l'Union intervenant dans la procédure de nomination».

aura la particularité d'être plus proche du terrain et de prendre plus en compte les sensibilités des Etats membres²³³⁵.

Les différentes légitimités et (in)dépendances organiques sont ensuite couplées avec une répartition interne des différents pouvoirs stratégiques²³³⁶ et opérationnels²³³⁷ du Parquet européen. Cet élément atténue les concessions faites aux Etats membres concernant l'organisation et la structure du Parquet. Il existe une répartition graduelle et en principe inversement proportionnelle des pouvoirs décisionnels et opérationnels²³³⁸.

Le Parquet européen est ainsi une autorité judiciaire suffisamment impartiale²³³⁹ et indépendante au sein de laquelle la répartition des différents pouvoirs décisionnels et opérationnels s'adapte de façon assez convaincante à la diversité des légitimités et des indépendances propres de ses membres. Les pouvoirs stratégiques de décisions et de surveillance sont ainsi répartis au sein du niveau centralisé du Parquet **(a)** et les pouvoirs opérationnels sont confiés au niveau décentralisé **(b)**.

²³³⁵ Considérant (43) du règlement relatif au Parquet européen: Au niveau décentralisé, « *(l) a procédure de nomination des procureurs européens délégués devrait permettre de faire en sorte que ceux-ci fassent partie intégrante du Parquet européen, tout en restant intégrés, sur le plan opérationnel, aux ordres juridiques et aux structures judiciaires et de poursuites nationaux* ».

²³³⁶ Considérant (22) du règlement relatif au Parquet européen: « *(A) fin de garantir la cohérence de son action et, partant, une protection équivalente des intérêts financiers de l'Union, la structure organisationnelle et le processus de décision interne du Parquet européen devraient permettre au Bureau central d'assurer la supervision, la direction et la surveillance de toutes les enquêtes et poursuites menées par les procureurs européens délégués* ».

²³³⁷ Considérant (30) du règlement relatif au Parquet européen: « *Les enquêtes du Parquet européen devraient, en principe, être menées par les procureurs européens délégués dans les Etats membres* ».

²³³⁸ V. MITSILEGAS, « Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Coordination and Centralisation », in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, pages 83 à 123.

²³³⁹ Cet élément ne pose pas difficulté pour ce qui est de la qualification en tant qu'autorité judiciaire au regard de la jurisprudence de la CJUE. L'article 5(4) du règlement relatif au Parquet européen dispose que « *(l) e Parquet européen mène ses enquêtes de façon impartiale et recueille tous les éléments de preuve pertinents, aussi bien à charge qu'à décharge* ».

a) Le niveau décisionnel central : un pouvoir hiérarchique indépendant mais complexe

La proposition initiale de la Commission européenne de 2013 prévoyait une structure simple où la direction et le contrôle des affaires seraient concentrés au niveau central²³⁴⁰, dans un Procureur européen unique. Le règlement actuel complexifie cette structure et opère une dilution du pouvoir²³⁴¹. Les différents membres et échelons du Parquet détiennent des fonctions stratégiques encore individualisées.

Plus un acteur centralisé est indépendant, plus son pouvoir de décision et de supervision est en principe politique, général et stratégique. Plus on se rapproche du terrain, plus le pouvoir décisionnel et de surveillance devient spécifique et lié à l'efficacité opérationnelle. Partant du haut de la structure, la répartition des pouvoirs de décision et de supervision au sein même du niveau centralisé va ainsi du plus stratégique au plus spécifique (hormis le cas particulier du chef du parquet²³⁴²).

Cette répartition permet de séparer les différentes étapes d'élaboration, d'adaptation et de mise en œuvre spécifique de la politique pénale du Parquet européen. Chaque membre de chaque « sous-niveau » dispose d'une indépendance et légitimité suffisantes en accord avec cette répartition. Le Parquet européen est *a priori* globalement assez indépendant et hiérarchiquement structuré. Il peut donc déterminer et assurer sa propre politique pénale bien que la prise de décision soit complexifiée et bureaucratisée en raison du principe de collégialité et de la division fonctionnelle souple ou assouplie des compétences²³⁴³.

Le chef du Parquet européen se situe officiellement au sommet de celui-ci. La légitimité supranationale européenne et l'indépendance organique du chef du Parquet européen vis-à-vis des pouvoirs politiques, en particulier étatiques, correspondent à ce que l'on attend d'un chef à la tête d'une autorité judiciaire européenne.

²³⁴⁰ T. RAFARACI, « Brief Notes on the European Public Prosecutor's Office : Ideas, Project and Fulfilment », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 157 à 163.

²³⁴¹ M. L. WADE, « *The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form* », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 165 à 180.

²³⁴² Voir *infra*.

²³⁴³ D. MAGNUS, « Europäische Staatsanwaltschaft - Vorzüge und Schwächen des aktuellen EU-Verordnungsvorschlags », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 06/2015, 2015, pages 181 à 186.

Le chef du Parquet européen est nommé d'un commun accord par le Parlement européen et le Conseil pour un mandat de sept ans non renouvelable. Le Conseil statue à la majorité simple²³⁴⁴. Sa légitimité est donc marquée par la logique d'intégration, illustrée par le rôle important des institutions de l'Union dans sa nomination. L'empreinte politique des Etats membres n'est que très médiante.

La procédure de nomination comprend également plusieurs étapes qui, tout en apportant cette légitimité européenne, dépolitise partiellement le choix du chef du Parquet européen²³⁴⁵. La pré-sélection des candidats par un comité de sélection après appel ouvert à candidature est un élément particulièrement important²³⁴⁶. Composé de douze personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice, de la Cour des comptes européenne, d'anciens membres nationaux d'Eurojust, des membres des juridictions nationales suprêmes, des procureurs de haut niveau et des juristes possédant des compétences notoires²³⁴⁷, le comité apporte une expertise technique et plus neutre de professionnels du droit européen et national. Ce comité vérifie le respect des critères de sélection relatifs aux qualités professionnelles et « morales » des candidats, gage d'efficacité et d'autonomie du Parquet européen²³⁴⁸. La personne retenue doit posséder une grande compétence et une réelle conscience professionnelle, comme c'est le cas de Madame Laura Codruta Kövesi, première cheffe du Parquet européen²³⁴⁹. Madame Codruta Kövesi a notamment dirigé l'Agence nationale anti-corruption de Roumanie de 2013 à 2018, où son travail a conduit à l'inculpation et la condamnation pour délit de corruption de plusieurs hommes politiques et entrepreneurs connus²³⁵⁰. La procédure de

²³⁴⁴ Article 14(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁴⁵ Article 14(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁴⁶ Article 14(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁴⁷ Considérant (41) : « *Le pouvoir d'établir les règles de fonctionnement du comité et de nommer ses membres devrait être conféré au Conseil, sur proposition de la Commission. Un tel pouvoir d'exécution (...) reflète la nature particulière du Parquet européen, qui demeurera solidement ancré dans les structures juridiques nationales tout en étant en même temps un organe de l'Union. (...) L'attribution de ces pouvoirs au Conseil tient également dûment compte de la nature potentiellement sensible de pouvoirs de décision susceptibles d'avoir des conséquences directes pour les structures judiciaires et de poursuites nationales* ».

²³⁴⁸ Article 14(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁴⁹ J. THOMAS, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein Ausblick », *KriPoZ* ; 6(2021), 2, 2021, pages 106 à 114.

²³⁵⁰ D. LÖFFLER, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein wirksames Instrument zur Bekämpfung von Korruption? », *JuWissBlog* Nr. 96/2019 v. 31.10.2019, <https://www.juwiss.de/96-2019/>, 2019, dernière consultation juin 2021.

nomination du chef du Parquet européen ainsi que son inamovibilité²³⁵¹ sont favorables à sa légitimité et à son indépendance. Cette indépendance est aussi renforcée par les conditions de son éventuelle révocation. L'initiative appartient aux seuls Conseil, Parlement et Commission européenne, ce qui confirme son caractère européen et supranational²³⁵². Enfin c'est uniquement la Cour de justice qui peut finalement révoquer le chef du Parquet européen s'il n'est plus en mesure d'exercer ses fonctions ou s'il a commis une faute grave²³⁵³. La décision de révocation est ainsi juridictionnelle et européenne et doit être justifiée sur une base relativement objective.

Le chef du Parquet européen (et ses adjoints²³⁵⁴) n'ont pourtant que peu de pouvoir dans la définition de la politique pénale et stratégique du Parquet européen. Le rôle individuel du chef du Parquet se cantonne essentiellement à organiser les travaux, en diriger les activités²³⁵⁵. Le chef du Parquet européen préside ainsi les réunions du collège²³⁵⁶ et peut convoquer une réunion extraordinaire de lui-même²³⁵⁷ ou à la demande d'au moins sept membres du collège²³⁵⁸. De manière général, il organise²³⁵⁹ et convoque les réunions du collège²³⁶⁰ et établit l'ordre du jour provisoire²³⁶¹. Tout membre du collège peut cependant proposer des points à y inscrire²³⁶² qui devront obligatoirement y figurer si cela est soutenu par au moins sept membres²³⁶³. De même, les questions proposées par une chambre permanente doivent aussi y être inscrites²³⁶⁴. Enfin, le collège approuve

²³⁵¹ « *Qui ne peut être révoqué, puni ou déplacé qu'en vertu d'une procédure spéciale offrant des garanties renforcées* », dictionnaire Larousse, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/inamovible/42142>.

²³⁵² Considérants (18) et 14(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁵³ Article 14(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁵⁴ Article 25(1) du règlement intérieur du Parquet européen (ancien article 27(1) dans la version originale).

²³⁵⁵ Article 11(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁵⁶ Article 4(1) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁵⁷ Article 7(1) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁵⁸ Article 7(2) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁵⁹ Article 7(4) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁶⁰ Article 7(3) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁶¹ Article 7(5) du règlement intérieur du Parquet européen (ancien article 7(3) dans la version originale).

²³⁶² Article 7(5) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁶³ Article 7(5) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁶⁴ Article 7(5) du règlement intérieur du Parquet européen.

finalement l'ordre du jour²³⁶⁵. Le chef du Parquet européen n'a donc que peu de marge du point de vue stratégique et politique ici. Son intervention renvoie plus à la gestion et la répartition efficace des dossiers afin d'assurer la continuité du service²³⁶⁶ plutôt que la direction politique du Parquet européen. La pratique montrera si le chef du Parquet se cantonnera strictement à la gestion ou bien s'il pourra avoir un impact politique en tant que force de proposition²³⁶⁷. Bien sûr, la fonction de gestion peut aussi conduire à veiller à l'indépendance des autres membres du Parquet européen mais il s'agit plus d'un effet collatéral. Lorsque le procureur européen chargé de la surveillance d'une affaire²³⁶⁸ ou une chambre permanente²³⁶⁹ se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, le chef du Parquet européen peut ainsi par exemple ré-attribuer l'affaire.

L'autre rôle important mais symbolique du chef du Parquet européen est de représenter le Parquet auprès des institutions de l'Union et des Etats membres, ainsi qu'auprès des tiers²³⁷⁰. Il signe les arrangements de travail et les accords au nom du Parquet européen²³⁷¹. Il se présente aussi une fois par an devant le Parlement européen et devant le Conseil, ainsi que devant les parlements nationaux des Etats membres à la demande de ces derniers, pour rendre compte des activités générales du Parquet²³⁷².

Une logique de légitimité et d'indépendance organiques adaptées s'applique également aux procureurs européens. Les conditions de leur nomination et de leur révocation sont un enjeu important puisqu'ils constituent la quasi-totalité des différents acteurs des différents échelons (collège, chambres permanentes, procureurs européens surveillants) du niveau centralisé du Parquet européen. Les procureurs européens possèdent une indépendance organique moins importante que celle du chef du Parquet européen mais *a priori* suffisante pour assurer des fonctions décisionnelles importantes et de contrôle.

²³⁶⁵ Articles 7(6), 18, 20 du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁶⁶ Article 27(2) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁶⁷ Article 6, article 15(1)(2), article 16(1), article 17(2) du règlement intérieur du Parquet européen. L'article 11(2) du règlement intérieur prévoit notamment une possibilité pour le chef du Parquet de proposer l'adoption ou la modification d'orientations au collège.

²³⁶⁸ Article 32(3) et 69(4) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁶⁹ Article 69(5) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁷⁰ Article 11(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁷¹ Article 25(3) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁷² Article 7(2) du règlement relatif au Parquet européen.

La nomination individuelle des procureurs européens comprend plusieurs étapes. L'intervention et l'empreinte des Etats membres y sont plus importantes. Chaque État membre effectue un choix initial et désigne trois candidats²³⁷³. Le procureur européen est ainsi nommé en tant que « représentant » de son Etat membre d'origine²³⁷⁴. Ces candidats doivent néanmoins répondre à des critères d'expériences et d'indépendance²³⁷⁵ contrôlés sous forme d'avis motivé par le même comité de sélection auparavant évoqué²³⁷⁶. Si le comité de sélection constate qu'un candidat ne remplit pas les conditions requises, son avis lie le Conseil²³⁷⁷. Cet avis contraignant crée donc une distance bienvenue entre l'Etat et le procureur européen afin d'éviter une politisation excessive de la nomination. Il sécurise aussi l'efficacité du Parquet européen en raison des qualités professionnelles requises des membres constituant l'essentiel de son niveau central. Le dispositif est complété par un mandat de six ans, prorogeable pour une durée maximale de trois années et non renouvelable²³⁷⁸. En bout de procédure, le Conseil nomme à la majorité simple l'un des candidats avalisés de l'État membre²³⁷⁹. Il y a donc une intervention directe mais encadrée des Etats membres en début de procédure, puis médiate, au travers du Conseil de l'Union européenne et selon une logique d'intégration. Il existe ainsi une certaine déférence à l'égard des Etats membres²³⁸⁰ qui reste tout de même maîtrisée et encadrée. Le Parlement européen est malheureusement totalement absent de la procédure.

En matière de révocation, seuls le Conseil, le Parlement et la Commission européenne ont la capacité de saisir la CJUE, qui se prononce seule²³⁸¹. L'initiative et la décision finale n'appartient cette fois qu'aux institutions de l'Union européenne. Les Etats

²³⁷³ Article 16(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁷⁴ Idée sous-entendue au considérant (42) du règlement relatif au Parquet européen. Voir aussi M. L. WADE, « *The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form* », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 165 à 180.

²³⁷⁵ Article 16(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁷⁶ Article 16(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁷⁷ Article 16(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁷⁸ Article 16(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁷⁹ Article 16(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁸⁰ M. L. WADE, « *The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form* », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 165 à 180.

²³⁸¹ Considérant (18) du règlement relatif au Parquet européen.

membres ne sont représentés qu'à travers le Conseil de l'Union européenne. Les motifs de révocation sont aussi limités à l'impossibilité d'exercer ses fonctions ou à la faute grave²³⁸². La décision est donc, à l'instar de la révocation du chef du Parquet, européenne et juridictionnelle, en partie objectivée. Les procureurs européens ont donc vocation à devenir encore plus indépendants une fois nommés.

L'essentiel du pouvoir décisionnel et la définition de la politique stratégique pénale du parquet sont attribués et répartis entre les différents échelons - collège, chambres permanentes, procureurs européens surveillants - composés par les procureurs européens. Les caractéristiques de la nomination individuelle des procureurs européens vont être combinées à la composition spécifique de chaque échelon et justifier des pouvoirs hiérarchiques et stratégiques plus ou moins généraux ou spécifiques²³⁸³. Le pouvoir stratégique et hiérarchique le plus important est attribué au collège et à la chambre permanente²³⁸⁴.

Le collège est composé du chef du Parquet européen et d'un procureur européen par État membre²³⁸⁵, laissant ainsi place à une forme d'intergouvernementalisme. Ce modèle rappelle celui d'Eurojust, structuré en collège composé des représentants de chaque Etat membre et à la tête duquel se trouve un président dont les décisions sont largement discutées et votées sous forme de table ronde²³⁸⁶. Le Parquet européen n'a pas réussi à s'éloigner de ce modèle²³⁸⁷ qui traduit la prudence initiale des Etats membres envers le Parquet européen. Au sein du collège du Parquet européen, la prise de décisions est aussi collégiale mais le quorum exigé est en principe fixé aux deux tiers

²³⁸² Article 16(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁸³ Cet élément est attesté à la lecture du considérant (23) et des précisions sont données aux considérants (24) et (25) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁸⁴ M. L. WADE, « *The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form* », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 165 à 180.

²³⁸⁵ Article 9(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁸⁶ M. L. WADE, « *The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form* », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 165 à 180.

²³⁸⁷ M. L. WADE, « *The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form* », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 165 à 180.

des membres du collège²³⁸⁸ et le vote se fait à la majorité simple²³⁸⁹. La représentation des Etats membres est donc circonscrite bien qu'elle relativise le caractère supranational et alourdisse la prise de décision.

Le collège fait office de supérieur hiérarchique le plus élevé et c'est à lui que revient le pouvoir stratégique essentiel. Le collège est chargé du « *suivi général des activités du Parquet européen* »²³⁹⁰. C'est lui qui détermine les priorités et la politique pénale générale du Parquet européen en matière d'enquête et de poursuite, sur proposition du chef du Parquet européen²³⁹¹. Il adopte les décisions sur des questions stratégiques ou générales soulevées par des dossiers particuliers en vue d'assurer la cohérence et l'efficacité, dans l'ensemble des Etats membres, de la politique du Parquet européen en matière de poursuites ainsi que sur d'autres questions²³⁹². Le collège est donc amené à donner des orientations générales internes. Du fait de sa position, le collège ne prend pas de décisions opérationnelles portant sur des dossiers particuliers²³⁹³. La séparation entre stratégie générale et la déclinaison de celle-ci dans les affaires particulières est nette. Cela offre le recul et l'indépendance nécessaires à une politique propre, efficace et respectueuse des droits fondamentaux du Parquet européen.

Il prend aussi des décisions importantes concernant la structure et le fonctionnement interne du Parquet européen et peut donc lui insuffler une identité propre²³⁹⁴. Le collège nomme notamment les deux procureurs européens adjoints du chef du Parquet²³⁹⁵. Il s'agit d'une procédure autonome et interne au Parquet européen. De même, la décision du nombre²³⁹⁶, de la répartition des compétences²³⁹⁷, de la

²³⁸⁸ Article 8(1) du règlement intérieur du Parquet européen, quorum renforcé concernant les orientations : article 11(3) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁸⁹ Article 9(5) du règlement relatif au Parquet européen et article 8(6) du règlement intérieur du Parquet européen.

Article 9(1)(4) du règlement intérieur du Parquet européen: par exception et en cas d'urgence, une procédure écrite pour l'adoption des décisions du collège peut être activée; et article 10 du règlement intérieur du Parquet européen: il est possible d'appliquer une procédure de silence pour l'adoption des décisions du collège de faible importance.

²³⁹⁰ Article 9(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁹¹ Article 6 du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁹² Article 9(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁹³ Article 9(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁹⁴ Article 9(3)(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁹⁵ Article 15(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²³⁹⁶ Article 15(1) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁹⁷ Article 15(1) du règlement intérieur du Parquet européen.

composition²³⁹⁸ ainsi que le choix du président²³⁹⁹ de chaque chambre permanente appartient au collège sur proposition du chef du Parquet européen. D'un point de vue de la hiérarchie interne, le collège a le dernier mot concernant la révocation des procureurs européens délégués²⁴⁰⁰.

Les chambres permanentes sont le deuxième acteur essentiel au niveau central du Parquet européen. Les chambres permanentes se situent à l'échelon intermédiaire particulièrement important entre pouvoir décisionnel stratégique général et le pouvoir décisionnel spécifique dans le cadre d'une affaire particulière.

Chaque procureur européen est membre permanent d'au moins une chambre permanente²⁴⁰¹. Les chambres permanentes sont composées d'un président (le chef du parquet, un adjoint ou un procureur européen)²⁴⁰² et de deux membres permanents (des procureurs européens)²⁴⁰³. Les chambres permanentes bénéficient d'une légitimité externe venant de la nomination individuelle de leurs membres mais surtout d'une légitimité interne découlant de sa nomination en tant qu'ensemble par le collège, source d'indépendance supplémentaire vis-à-vis de l'extérieur²⁴⁰⁴. La chambre permanente n'est d'ailleurs pas composée sur une base nationale et n'aura pas de rattachement avec l'Etat membre dans lequel la procédure se déroule. Cela en fait l'instance la moins liée aux Etats membres hormis le chef du Parquet européen²⁴⁰⁵.

Cette chambre dispose d'une large marge d'appréciation dans sa fonction d'adaptation et de mise en œuvre de la politique pénale mais reste sous l'autorité hiérarchique du collège. En cas de difficulté, le dialogue est privilégié. La chambre permanente et son président peuvent ainsi présenter au collège une proposition écrite d'examen de questions spécifiques concernant la mise en œuvre de la politique du Parquet européen en matière de poursuites ou d'autres orientations pertinentes relatives

²³⁹⁸ Article 16(1) du règlement intérieur du Parquet européen.

²³⁹⁹ Article 17(2) du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴⁰⁰ Article 17(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁰¹ Article 16(2) du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴⁰² Considérant (26) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁰³ Article 10(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁰⁴ Voir *supra*.

²⁴⁰⁵ P. BEAUVAIS, M. BENLOLO-CARABOT, « Une avancée historique dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : la naissance du Parquet européen À propos de l'adoption du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017 relatif à la création du Parquet européen », *RTD Eur.*, 2019, pages 225 à 239.

à des questions spécifiques²⁴⁰⁶. Les chambres permanentes peuvent aussi mettre en lumière des éléments clefs et saisir le collège de questions stratégiques ou de problèmes généraux soulevés par des dossiers particuliers²⁴⁰⁷. La chambre permanente peut mettre en lumière l'enjeu stratégique d'un problème spécifique et participe ainsi à l'élaboration de la politique pénale du Parquet européen. Il s'agit de questions pouvant présenter un intérêt pour les travaux du Parquet européen dans son ensemble ou concerner la cohérence et l'efficacité de la politique du Parquet européen en matière de poursuites²⁴⁰⁸.

Les chambres permanentes combinent donc mise en œuvre des décisions de politique pénale générale du collège²⁴⁰⁹ avec un pouvoir propre de supervision, de direction et de coordination des enquêtes menées par les procureurs européens délégués²⁴¹⁰. Elles peuvent ainsi plus concrètement transposer et adapter techniquement la politique pénale générale. Pour ce faire, la chambre permanente compétente a accès à toutes les pièces du dossier aux fins de préparation des décisions et donc une connaissance détaillée de l'affaire²⁴¹¹. Il existe aussi une possibilité stratégique de confier certaines catégories d'affaires, par exemple en fonction du type d'infraction ou des circonstances de l'infraction, à une chambre permanente spécifique²⁴¹².

La chambre permanente a ainsi un rôle hiérarchique et décisionnel essentiel dans l'enquête, du déclenchement de celle-ci à l'exercice de l'action publique par le Parquet européen. Elles prennent notamment, si nécessaire, les décisions d'enjoindre le procureur européen délégué d'ouvrir une enquête²⁴¹³ ou d'exercer son droit d'évocation²⁴¹⁴, d'attribuer une affaire²⁴¹⁵ ou de la ré-attribuer²⁴¹⁶ ou encore d'approuver la décision d'un procureur européen d'effectuer lui-même une enquête²⁴¹⁷. Durant l'enquête, la chambre

²⁴⁰⁶ Article 21(2) du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴⁰⁷ Article 10(4)(c) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁰⁸ Article 21(1) du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴⁰⁹ Article 10(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴¹⁰ Dans les dossiers transfrontières.

²⁴¹¹ Article 10(6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴¹² Article 19(4) du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴¹³ Article 10(4)(a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴¹⁴ Article 10(4)(b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴¹⁵ Article 10(4)(d) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴¹⁶ Article 10(4)(e) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴¹⁷ Article 10(4)(f) du règlement relatif au Parquet européen.

permanente peut donner des instructions individuelles²⁴¹⁸, conformément au droit national applicable²⁴¹⁹, au procureur européen délégué chargé de l'affaire²⁴²⁰. La chambre permanente compétente donne ses orientations ou des instructions individuelles²⁴²¹ au procureur européen délégué par l'intermédiaire du procureur européen²⁴²². Ces instructions doivent être données en vue d'une gestion efficace de l'enquête, dans l'intérêt de la justice ou le fonctionnement cohérent du Parquet²⁴²³. Enfin, les chambres permanentes prennent les décisions de porter une affaire en jugement²⁴²⁴ ou de la classer sans suite²⁴²⁵; d'appliquer une procédure simplifiée en matière de poursuites²⁴²⁶; de renvoyer une affaire devant les autorités nationales²⁴²⁷; et de rouvrir une enquête²⁴²⁸. La prise de décision est collégiale et l'adoption des décisions à la majorité simple²⁴²⁹.

Dans le cadre de sa fonction de supervision, l'indépendance et l'impartialité de la chambre permanente sont renforcées par une répartition des dossiers selon un système d'attribution aléatoire, automatique et alternée des affaires²⁴³⁰. Ce système évite les conflits d'intérêts en raison de liens éventuels entre l'Etat membre concerné et un procureur européen, membre de la chambre permanente. Le règlement intérieur exclut aussi la possibilité d'attribuer une affaire à une chambre permanente dont un des membres permanents est déjà individuellement chargé de la surveillance de l'affaire en

²⁴¹⁸ « *Dans une affaire particulière* ».

²⁴¹⁹ Au sens des mesures disponibles pour le procureur européen délégués.

²⁴²⁰ Article 10(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴²¹ Article 46 du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴²² Article 45(1) du règlement intérieur du Parquet européen: la surveillance revient à une chambre permanente dont les membres permanents n'incluent pas le procureur européen chargé individuellement de la surveillance de l'affaire.

²⁴²³ Article 10(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴²⁴ Article 10(3)(a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴²⁵ Article 10(3)(b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴²⁶ Article 10(3)(c) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴²⁷ Article 10(3)(d) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴²⁸ Article 10(3)(e) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴²⁹ Article 10(6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴³⁰ Considérant (27) du règlement relatif au Parquet européen, concrétisé à l'article 19(1) du règlement intérieur du Parquet européen.

tant que procureur européen de surveillance²⁴³¹. Par là, on détend les possibles liens de connivence entre la chambre permanente et le procureur européen chargés de surveiller l'affaire. Il y a deux échelons de surveillance des opérations bien distincts, dont au moins un a peu de liens avec l'Etat membre concerné.

Au dernier échelon central, les procureurs européens assurent individuellement la surveillance des enquêtes et des poursuites des procureurs européens délégués chargés de l'affaire dans leur Etat membre d'origine au nom de la chambre permanente et en respectant toute instruction de sa part²⁴³². En tant qu'acteur pivot entre le niveau centralisé et décentralisé, le procureur européen de surveillance semble en principe avoir pour Etat membre d'origine celui dans lequel se déroule l'enquête²⁴³³. C'est un élément national fort²⁴³⁴ qui s'ajoute aux éléments discutés précédemment, relatifs à sa procédure de nomination. Ceci est pourtant un compromis nécessaire, gage de compétence, au regard de la structure à deux niveaux du Parquet européen.

Le dialogue et la transmission d'informations entre les deux niveaux est une fonction essentielle du procureur européen²⁴³⁵. Le procureur européen agit en étroite concertation avec les procureurs européens délégués et leur transmet les orientations des chambres²⁴³⁶. Dans l'autre sens, il produit des résumés des affaires dont ils sont chargés d'assurer la surveillance et sur lesquels peuvent s'appuyer les chambres permanentes²⁴³⁷. Il peut aussi formuler des propositions de décisions à adopter par ladite chambre, sur la base de projets de décisions élaborés par les procureurs européens délégués²⁴³⁸. Cela démontre une forme de souplesse du processus décisionnel, qui connaît des espaces de dialogue afin que le niveau le plus haut ne soit pas déconnecté

²⁴³¹ Articles 19(2), 32(5) et 45(1) du règlement intérieur du Parquet européen: la surveillance est confiée à une chambre permanente dont les membres permanents n'incluent pas le procureur européen individuellement chargé de la surveillance de l'affaire.

²⁴³² Article 12(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴³³ Les dispositions du règlement relatif au Parquet européen ne sont pas claires mais cela semble pouvoir être déduit des articles 30(3) et 31 du règlement intérieur du Parquet européen et articles 12(2) et 28(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴³⁴ D. LÖFFLER, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein wirksames Instrument zur Bekämpfung von Korruption? », JuWissBlog Nr. 96/2019 v. 31.10.2019, <https://www.juwiss.de/96-2019/>, 2019, dernière consultation juin 2021.

²⁴³⁵ Article 12(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴³⁶ Article 12(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴³⁷ Article 12(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴³⁸ Article 12(1) du règlement relatif au Parquet européen.

des réalités du terrain et que le niveau le plus bas ne perde pas de vue les objectifs stratégiques du Parquet européen. Le pouvoir décisionnel qui leur est confié est tout de même limité et fait plutôt office de support et de complément technique à celui de la chambre permanente. Cette approche prend en considération la moindre garantie d'indépendance des procureurs européens tout en reconnaissant l'apport de leurs liens et de leurs connaissances du terrain au niveau national.

Les procureurs européens assurent alors, à côté de la surveillance de la chambre permanente, un deuxième niveau de surveillance plus étroit, technique et concret des enquêtes et poursuites des procureurs européens délégués. Les procureurs européens chargés de la surveillance d'une affaire vont uniquement donner des instructions individuelles au procureur européen délégué²⁴³⁹, conformément à celles des chambres permanentes²⁴⁴⁰. Lorsque le droit national d'un État membre prévoit en principe le contrôle interne hiérarchique de certains actes au sein de la structure du parquet *national*, les actes pris par le procureur européen délégué relèvent des pouvoirs de surveillance du procureur européen²⁴⁴¹. Il existe donc un contrôle hiérarchique interne qui européenise certaines exigences nationales sans les uniformiser. Cela participe à l'autonomie du Parquet européen mais la protection accordée n'est pas pour autant uniforme.

Les procureurs européens ne possèdent en principe pas de pouvoirs opérationnels au sens strict. À titre exceptionnel et après approbation de la chambre permanente compétente, le procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire peut pourtant prendre la décision motivée de conduire l'enquête personnellement²⁴⁴². Cela doit être justifié par la gravité de l'infraction²⁴⁴³, de l'implication de fonctionnaires, d'autres agents de l'Union²⁴⁴⁴ ou de membres des institutions de l'Union ; lorsque le mécanisme de réattribution des dossiers n'a pas fonctionné²⁴⁴⁵. Il aura alors tous les pouvoirs, responsabilités et obligations incombant en principe à un procureur européen

²⁴³⁹ Article 46 du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴⁴⁰ Article 12(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁴¹ Article 12(4) du règlement relatif au Parquet européen ainsi que l'article 48 du Règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴⁴² Article 28(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁴³ Article 28(4)(a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁴⁴ Article 28(4)(b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁴⁵ Article 28(4)(c) du règlement relatif au Parquet européen.

délégué²⁴⁴⁶. Une certaine adaptabilité opérationnelle lui est donc permise en raison de son statut particulier.

Après l'observation du niveau centralisé du Parquet européen, il convient de s'attarder sur son niveau décentralisé.

²⁴⁴⁶ Article 28(4) du règlement relatif au Parquet européen.

b) Le niveau opérationnel décentralisé : un acteur nécessairement « double » mais source d'ambiguïté

Le pouvoir opérationnel au sens strict a été confié au niveau décentralisé du Parquet européen, intégré dans le système judiciaire des Etats membres. Les procureurs européens délégués (ci-après PED) représentent ainsi la dimension opérationnelle la plus intrusive du Parquet européen, en contact direct avec les systèmes juridiques des Etats membres. Les procureurs européens délégués sont ainsi en principe les seuls à disposer du pouvoir opérationnel du Parquet européen qu'ils exercent sur le territoire des Etats membres²⁴⁴⁷. Ils engagent formellement les enquêtes et les poursuites²⁴⁴⁸ et prennent des mesures potentiellement coercitives en usant des pouvoirs dont ils sont investis²⁴⁴⁹. Les procureurs européens délégués sont aussi responsables de la mise en état des affaires et disposent notamment du pouvoir de présenter des arguments à l'audience, de prendre part à l'obtention des moyens de preuve et d'exercer les voies de recours existantes conformément au droit national²⁴⁵⁰. Du point de vue de l'efficacité des activités du Parquet européen, son intégration dans le système judiciaire des Etats membres lui permet d'être le plus à même d'agir et de réagir efficacement et rapidement lors des enquêtes et des poursuites menées. Ce bras armé donne un certain mérite à la décentralisation du Parquet européen²⁴⁵¹. Sa connaissance du droit national est alors un gage essentiel de cette efficacité sur le terrain.

Les procédures de nomination et de révocation du procureur européen délégué prennent alors en considération les enjeux d'indépendance mais aussi d'ancrage national de cet organe. Les PED devraient bénéficier d'un statut fonctionnellement et juridiquement indépendant, distinct de tout statut conféré par le droit national²⁴⁵². Cela permettrait de pallier la diversité des systèmes juridiques des Etats membre où le parquet national peut parfois être hiérarchiquement soumis au pouvoir exécutif national et doit

²⁴⁴⁷ Article 13(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁴⁸ Article 13(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁴⁹ Article 13(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁵⁰ Article 13(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁵¹ D. LÖFFLER, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein wirksames Instrument zur Bekämpfung von Korruption? », JuWissBlog Nr. 96/2019 v. 31.10.2019, <https://www.juwiss.de/96-2019/>, 2019, dernière consultation juin 2021.

²⁴⁵² Considérant (32) du règlement relatif au Parquet européen.

suivre ses instructions, comme c'est potentiellement le cas en Allemagne. Les onze procureurs européens délégués allemands à Berlin, Francfort, Hambourg, Cologne et Munich²⁴⁵³ ne doivent pas être soumis aux instructions des ministres de la justice des Länder, à l'inverse de leurs homologues purement nationaux²⁴⁵⁴. Dans le même temps, l'ancrage des PED dans les Etats membres est nécessaire en raison de la structure adoptée et de leurs activités d'enquête et de poursuite sur le territoire national des Etats membres. Le procureur européen délégué n'a notamment pas vocation à agir au-delà de son propre Etat membre d'origine et la création d'un « sous-niveau décentralisé » supplémentaire de la structure du Parquet européen lors d'enquêtes transfrontières a été nécessaire : le procureur européen délégué assistant (ci-après PEDA)²⁴⁵⁵. Il n'y a pas de procureur européen délégué spécifique ou spécialisé pour les cas d'enquête transfrontière et le PEDA aura le même statut que le PED. Ces éléments illustrent le basculement du « très centralisé » vers le « plus coopératif et le plus interactif », et d'un espace juridique unique à un office unique. La structure et l'organisation du niveau décentralisé du Parquet européen iront de paire avec l'impossibilité de créer un ensemble de règles communes européennes relatives aux enquêtes transfrontières²⁴⁵⁶.

Le règlement a alors opté pour un statut particulier du procureur européen délégué, marquée par des forts traits nationaux. Il va être à la fois membre intégrant du Parquet européen et de membre actif du système judiciaire pénal d'un Etat membre²⁴⁵⁷ afin de préserver la souveraineté nationale des Etats membres²⁴⁵⁸. Les procédures de nomination et de révocation retenues permettent le plus souvent de créer une distance suffisante mais non excessive avec les différentes autorités de nomination, dont les Etats

²⁴⁵³ Interview de la Bundesjustizministerin Christine Lambrecht du 1er juin 2021, site officiel du ministère fédéral de la justice, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2021/0528_Europaeische_Staatsanwaltschaft.html, 2021.

²⁴⁵⁴ Voir la partie dédiée à la notion d'autorité judiciaire de la présente thèse *supra*.

²⁴⁵⁵ V. MITSILEGAS, « Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Co-ordination and Centralisation » , in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, pages 83 à 123.

²⁴⁵⁶ Voir *infra*.

²⁴⁵⁷ Articles 13(3) et 17(2) du règlement relatif au Parquet européen: les procureurs européens délégués doivent être membres actifs du ministère public ou du corps judiciaire de l'Etat membre qui les a désigné.

²⁴⁵⁸ D. LÖFFLER, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein wirksames Instrument zur Bekämpfung von Korruption? », JuWissBlog Nr. 96/2019 v. 31.10.2019, <https://www.juwiss.de/96-2019/>, 2019, dernière consultation juin 2021.

membres. Face au PED, la contrepartie « nationale » exigée est néanmoins assez importante.

Les procureurs européens délégués sont désignés par les Etats membres et nommés par le collège sur proposition du chef du Parquet européen. Ils sont nommés pour un mandat de cinq ans renouvelable²⁴⁵⁹. En principe, chaque Etat membre doit disposer d'au moins deux PED pour un total minimum de 44 PED²⁴⁶⁰. En décembre 2022, 94 procureurs européens délégués étaient actifs²⁴⁶¹. La France a actuellement nommé 5 PED²⁴⁶² et l'Allemagne, 11 PED²⁴⁶³. Les Etats membres ont le choix initial des candidats mais deux autorités centralisées du Parquet européen interviennent de façon significative en fin de procédure. Le PED dispose donc d'une légitimité externe nationale en raison de l'intervention directe de l'Etat membre d'origine. La légitimité « européenne » des PED est limitée et ne dépend pas des autres institutions de l'Union européenne mais découle de leur légitimité interne. La nature « double » du procureur européen délégué est couplée avec une légitimité elle aussi double.

Néanmoins, l'indépendance de ces autorités de nomination venant du Parquet européen bénéficie au procureur européen délégué du point de vue de sa propre indépendance organique. La proposition individuelle du chef du Parquet pourrait renforcer et symboliser une hiérarchie et une autonomie renforcée du Parquet européen puisqu'il est le membre le plus indépendant. On ne connaît cependant pas la marge réelle de décision du chef du Parquet européen par rapport à la désignation des Etats

²⁴⁵⁹ Article 17(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁶⁰ J. THOMAS, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein Ausblick », *KriPoZ* ; 6(2021), 2, 2021, pages 106 à 114. Soit minimum deux PED par Etat membre.

²⁴⁶¹ Selon le rapport annuel du Parquet européen, une désignation future jusqu'à 140 PED est envisagée. Rapport annuel du Parquet européen de 2021, 2529-3486, Luxembourg, 2022, page 8.

²⁴⁶² Les cinq PED français sont Emmanuel Chirat, Mona Popescu Boulin, Emmanuelle Fraysse, Cécile Soriano, David Touvet. Voir :

- Décision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 21 April 2021 on the appointment of European Delegated Prosecutors of the EPPO in the French Republic, 026/2021, Luxembourg.
- Décision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 20 September 2022 on the appointment of one European Delegated Prosecutors of the EPPO in the French Republic, 041/2022, Luxembourg.

²⁴⁶³ Les PED allemands sont Annegret Ritter-Victor, Catrin Knuth, Anna-Elisabeth Krause-Ablaus, Sebastian Trautmann, Friderike Busch, Harald Freyer, Jorg Schroder, Jost Horlitz, Marcus Paintinger, Tobias Lubbert, Sonja Heine. Voir :

- Décision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 25 November 2020 on the appointment of European Delegated Prosecutors of the EPPO in the Federal Republic of Germany, 19/2020, Luxembourg.
- Décision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 2 December 2020 on the appointment of one European Delegated Prosecutors of the EPPO in the Federal Republic of Germany, 22/2020, Luxembourg.

membres²⁴⁶⁴. La proposition du chef du Paquet est aussi discutée de façon collégiale par le collège, qui possède un lien plus fort avec les Etats membres, ce qui renvoie à plus d'intergouvernementalisme. Le collège ne devrait pas contredire le choix de l'Etat membre (et du chef du Parquet européen) et refuser de nommer la personne désignée que si celle-ci ne remplit pas les critères exigés²⁴⁶⁵. Son intervention est encadrée, standardisée et doit servir au moins en partie à objectiviser la nomination du PED malgré l'intervention directe des Etats membres. Le collège refusera la nomination si la personne proposée n'est pas membre actif du ministère public ou du corps judiciaire de l'Etat membre ; si elle n'offre pas toutes les garanties d'indépendance ; ou si elle ne dispose pas des qualifications requises et ne possède pas une expérience pratique pertinente de son ordre juridique national²⁴⁶⁶. Le premier critère est favorable à l'ancrage du procureur européen délégué dans le système judiciaire national mais relativise l'autonomie du statut du procureur européen délégué. Les exigences suivantes d'indépendance et de compétence personnelles doivent servir de garde-fou. L'indépendance du procureur européen délégué doit participer à l'autonomie du Parquet européen et les qualités professionnelles être le gage de son efficacité opérationnelle.

Le premier critère de nomination, c'est-dire être un membre actif du ministère public ou du corps judiciaire de l'Etat membre, qui confirme la nature double du PED, soulève néanmoins des difficultés. Ce critère doit être mis en lien avec la possibilité pour un procureur européen délégué d'exercer en même temps des fonctions de procureur national²⁴⁶⁷. Cette faculté est laissée à l'appréciation de l'Etat membre²⁴⁶⁸ mais ne vaut pour autant qu'elle n'empêche pas le PED de s'acquitter des obligations qui lui incombent en tant que membre du Parquet²⁴⁶⁹.

²⁴⁶⁴ Article 33 du règlement intérieur du Parquet européen: Avant de formuler sa proposition, le chef du Parquet européen veille à ce que les candidats satisfassent aux critères énoncés à l'article 17, paragraphe 2, du règlement et aux critères d'admissibilité prévus par la décision du collège fixant les conditions d'emploi des procureurs européens délégués.

²⁴⁶⁵ Article 17(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁶⁶ Article 17(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁶⁷ Article 13(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁶⁸ Trois options ont été discutées lors des travaux et projets concernant le Parquet européen. Il était possible d'exclure cette double casquette, la rendre obligatoire ou bien laisser aux Etats membres le choix. Pour plus de détails, nous renvoyons aux travaux de H. CHRISTODOULOU, *Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses volume n°201, 2021, 518 pages.

²⁴⁶⁹ Article 13(3) du règlement relatif au Parquet européen.

Malgré tout, ce dédoublement fonctionnel éventuel peut être un facteur supplémentaire de relativisation de l'indépendance organique du PED par rapport aux Etats membres. La personne exerçant des fonctions en tant que PED peut être soumise à une sorte de double statut. En effet, les Etats membres n'ont pas l'obligation d'aligner leur propre définition de l'autorité judiciaire et d'appliquer de façon générale les exigences d'indépendance entourant le PED lorsqu'il exerce ses fonctions dans le cadre des activités du Parquet européen. Il n'est pas obligatoire de calquer le statut de leur ministère public national sur celui du Parquet européen. L'Allemagne a ainsi décidé d'adopter une nouvelle disposition de l'article 142b alinéa 1 du GVG détermine la double fonction des procureurs nationaux allemands en tant que « procureurs européens délégués »²⁴⁷⁰. Le procureur allemand est alors à la fois fonctionnellement et organiquement (du moins en partie) indépendant du pouvoir exécutif allemand en tant que PED et organiquement et fonctionnellement dépendant de celui-ci en tant que procureur national ayant le statut de fonctionnaire. La France a évité la difficulté en écartant l'hypothèse d'une double casquette du procureur européen délégué français. Les procureurs européens délégués français sont des magistrats en détachement²⁴⁷¹.

D'autre part, cette double casquette peut être problématique du fait que la priorité du statut et des fonctions exercées en tant que procureur européen délégué n'est pas assurée. Dans le cas où, à un moment donné, un procureur européen délégué n'est pas en mesure de remplir ses fonctions de procureur européen délégué parce qu'il exerce ces fonctions en tant que procureur national, il en informe le procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire. Celui-ci consulte ensuite les autorités nationales compétentes chargées des poursuites afin de déterminer *si* le procureur européen délégué doit donner la priorité aux fonctions qu'il exerce en tant que membre du Parquet européen²⁴⁷². Cette façon de procéder et l'absence de contrainte peuvent entraîner un long processus de discussion qui peut largement perturber l'enquête, en la retardant voire en la stoppant. Une proposition du procureur européen faite à la chambre permanente de ré-attribuer le dossier à un autre procureur européen délégué dans le même État membre ou de

²⁴⁷⁰ F. BITTMANN, « EU-direkt: Die Europäische Staatsanwaltschaft vor dem Start », WisteV, <https://wistev.de/journal/2020/03/05/deeu-direkt-die-europaeische-staatsanwaltschaft-vor-dem-start/>, janvier 2020, dernière consultation juin 2021.

²⁴⁷¹ Étude d'impact du Projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée; NOR : JUSX1933222L/Bleue-1; le 29 janvier 2020; consultable sur : <https://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl19-283-ei/pjl19-283-ei.html>. Voir aussi H. CHRISTODOULOU, « Le parquet européen à l'origine de la mutation de la procédure pénale nationale », *Dalloz Actualité*, 27 Février 2020.

²⁴⁷² Article 13(3) du règlement relatif au Parquet européen.

conduire l'enquête lui-même semble alors la seule solution disponible²⁴⁷³. La concurrence entre supranationalité et éléments nationaux est très présente dans le cadre de la nomination puis de l'exercice des compétences des procureurs européens délégués. Il en va de même concernant la procédure de révocation.

La procédure de révocation des procureurs européens délégués peut elle aussi faire intervenir des autorités internes et externes au Parquet. En tant que supérieur hiérarchique le plus élevé, le collège révoque le procureur européen délégué s'il constate qu'il ne remplit plus les conditions de nomination²⁴⁷⁴, qu'il n'est pas en mesure d'exercer ses fonctions ou qu'il a commis une faute grave²⁴⁷⁵. Cette procédure semble autonome et objectivement encadrée par les motifs de révocation admis. La décision est en principe interne, hiérarchique et indépendante des Etats membres. Cette procédure est favorable à l'indépendance organique du PED après sa nomination et du Parquet européen dans son ensemble.

Néanmoins, en raison de l'appartenance simultanée du procureur européen délégué au système judiciaire de son Etat membre d'origine et puisqu'il est obligatoirement membre actif du ministère public ou du corps judiciaire national, une révocation du procureur européen délégué en tant que membre du Parquet serait la conséquence automatique²⁴⁷⁶ de sa révocation dans le cadre de ses fonctions purement nationales. Un risque d'instrumentalisation politique de ce lien par les Etats membres ne peut être totalement écarté, particulièrement lorsque le choix de la double casquette du PED a été retenu. Lorsqu'un Etat membre décide de révoquer un procureur national nommé en tant que procureur européen délégué ou de prendre des mesures disciplinaires à son égard, officiellement pour des raisons indépendantes de ses responsabilités au sein du Parquet européen, cet Etat n'a qu'une obligation d'information préalable du chef du Parquet européen²⁴⁷⁷. Rien dans le règlement ou le règlement intérieur ne laisse penser qu'il s'agit d'autre chose que d'une simple information du chef

²⁴⁷³ Article 13(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁷⁴ Être des membres actifs du ministère public ou du corps judiciaire de l'Etat membre qui les a désignés; offrir toutes garanties d'indépendance, disposer des qualifications requises et posséder une expérience pratique pertinente de leur ordre juridique national, conformément à l'article 17(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁷⁵ Article 17(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁷⁶ Dans le sens d'un lien de cause à effet.

²⁴⁷⁷ Article 17(4) du règlement relatif au Parquet européen.

du Parquet européen, sans que celui-ci puisse s'opposer. Il est donc possible d'atteindre le bon fonctionnement du Parquet européen par l'intermédiaire des statuts nationaux parallèles des procureurs européens délégués.

Ce n'est que lorsque l'État membre souhaite révoquer un procureur européen délégué en tant que tel ou de prendre des mesures disciplinaires à son égard pour des raisons liées aux responsabilités et fonctions exercées au sein du Parquet européen que le consentement du chef du Parquet européen est exigé²⁴⁷⁸. Bien que le chef du Parquet présente des garanties importantes, il est également regrettable qu'aucun encadrement de ce consentement ne soit donné afin de mieux protéger son indépendance. En effet, si ce consentement est donné, le contrôle interne hiérarchique du collège est écarté et la révocation a lieu. A l'inverse, sans consentement du chef du Parquet européen, l'État membre concerné peut tenter de contourner ce refus et doit demander au collège d'examiner la question au regard des critères de révocation²⁴⁷⁹. L'Etat membre est une autorité de révocation en cas de consentement du chef du Parquet ou du moins une autorité ayant l'initiative de la procédure de révocation dans le cas inverse. Malgré cette apparence de plus grande objectivité de la procédure de révocation du PED en tant que tel, la défiance de l'Etat membre envers son propre PED n'est-il pas source et cause automatiques et pratiques d'impossibilité d'exercer ses fonctions ?

En définitive, le statut du PED n'est pas aussi juridiquement indépendant et distinct de tout statut conféré par le droit national. Bien que hiérarchiquement soumis au niveau centralisé du Parquet européen, sa double légitimité et son (in)dépendance externe restent source d'ambiguïté en pratique. Les procureurs européens délégués se sont néanmoins vus confier le pouvoir opérationnel à cause et en raison de ce lien. La pratique déterminera si cela est favorable à l'efficacité de ses enquêtes ou un frein supplémentaire. Le pouvoir hiérarchique de surveillance et de sanction exercé par le niveau centralisé du Parquet européen sur les PED atténue aussi quelque peu cette ambiguïté.

Les procureurs européens délégués sont responsables des enquêtes et des poursuites qu'ils engagent, qui leur sont confiées ou dont ils se saisissent²⁴⁸⁰. Lorsqu'ils

²⁴⁷⁸ Article 17(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁷⁹ Article 17(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁸⁰ Article 13(1) du règlement relatif au Parquet européen.

mènent des enquêtes et des poursuites, ceux-ci agissent exclusivement pour le compte et au nom du Parquet européen en tant que son « bras armé » sur le territoire de leur État membre respectif. Dans le cadre de sa mission, le procureur européen délégué est donc soumis aux pouvoirs stratégiques de décision et de surveillance ou de direction, directs ou indirects, des différentes autorités du niveau centralisé du Parquet européen. Cela redonne une dimension plus européenne et autonome au Parquet européen face aux Etats membres lorsque ces procureurs européens délégués agissent.

D'une part, le procureur européen délégué établit et tient à jour un rapport d'avancement qui permet une information et une surveillance plus complètes et aisées²⁴⁸¹. D'autre part, les procureurs européens délégués ont l'obligation de suivre les orientations et les instructions de la chambre permanente compétente ainsi que les instructions du procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire. Les instructions hiérarchiques internes permettent de s'assurer de la cohérence et la validité stratégique de l'action du Parquet européen au niveau opérationnel et individuel de l'affaire²⁴⁸².

Dans le même temps, le règlement ne nie pas toute autonomie du procureur européen délégué vis-à-vis de ses supérieurs hiérarchiques. Ceux-ci disposent en effet d'une marge de manœuvre afin de leur permettre d'être aussi réactifs et efficaces que possible. Il est aussi prévu un espace de discussion lorsqu'un procureur européen délégué estime que la mise en œuvre d'une instruction de la chambre permanente serait contraire au droit de l'Union, y compris au règlement, ou au droit national applicable²⁴⁸³. Dans ce cas, il en informe immédiatement la chambre permanente et propose de modifier ou de révoquer les instructions reçues²⁴⁸⁴. L'autonomie allouée est donc notamment favorable à la primauté du règlement et à la vigilance concernant le respect concret des droits fondamentaux nationaux et européen. Bien entendu, le dernier mot revient à la chambre permanente après consultation du procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire²⁴⁸⁵. Lorsque la chambre permanente rejette une demande de ce type, le procureur européen délégué peut encore demander un réexamen au chef du Parquet européen²⁴⁸⁶. Celui-ci ne rend pas de décision finale mais attribue la demande à une

²⁴⁸¹ Article 44 du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴⁸² Considérant (22) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁸³ Article 47(1) du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴⁸⁴ Article 47(1) du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴⁸⁵ Article 47(1) du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴⁸⁶ Article 47(2) du règlement intérieur du Parquet européen.

autre chambre permanente qui statue définitivement sur l'instruction avec la participation du procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire²⁴⁸⁷. Il s'agit d'une forme encadrée de dialogue. La recherche de solution est conjointe mais la décision finale appartient logiquement à l'un des plus hauts supérieurs hiérarchiques, suffisamment indépendant et le mieux placé pour prendre une décision à ce sujet²⁴⁸⁸.

En cas de difficultés pratiques persistantes, plusieurs réponses hiérarchiques sont possibles. Lorsque le procureur européen délégué en charge ne suit pas loyalement les instructions, la chambre permanente compétente peut, sur proposition du procureur européen chargé de la surveillance, décider de ré-attribuer l'affaire à un autre procureur européen délégué dans le même État membre²⁴⁸⁹. La ré-attribution d'une affaire peut aussi être la solution lorsqu'il existe un conflit d'intérêts, indépendamment du comportement du PED²⁴⁹⁰. Cette possibilité peut être combinée avec la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire par le collège contre les procureurs européens délégués agissant dans le cadre de leurs fonctions en tant que membre du Parquet européen²⁴⁹¹. L'hypothèse où tous les procureurs européens délégués d'un même Etat membre n'obtempèreraient pas face aux instructions données n'est cependant pas mentionnée.

La confiance entre les différents membres du Parquet n'est donc pas aveugle, notamment face au PED. Elle est renforcée, justifiée par un droit de regard stratégique général ou spécifique réparti entre les différents membres « centraux » du Parquet européen et qui vise particulièrement le PED. L'indépendance fonctionnelle externe du procureur européen délégué et la soumission au « supérieur hiérarchique » interne permet d'assurer l'autonomie du Parquet européen dans la réalisation harmonieuse de sa politique pénale malgré le lien organique avec les Etats membres.

²⁴⁸⁷ Article 47(2) du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴⁸⁸ En comparaison, le collège est trop éloigné du terrain pour qu'on lui attribue un tel rôle.

²⁴⁸⁹ Article 28(3)(b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁹⁰ Article 69(1)(3) du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁴⁹¹ Considérant (46) du règlement relatif au Parquet européen.

Le Parquet européen remplit donc les critères de qualification en tant qu'autorité judiciaire tels que dégagés dans le cadre du MAE²⁴⁹² et même au-delà. Les facteurs multiples de légitimité et d'indépendance du Parquet européen et de ses divers membres assurent aussi une représentativité encadrée des différents intérêts européens et nationaux au sein de l'Union, internes et externes au Parquet européen²⁴⁹³ favorable à une présomption de confiance de la part des autres acteurs de la lutte contre les infractions portant atteintes aux intérêts financiers de l'Union européenne.

Un autre élément préalable à l'exercice des compétences du Parquet européen est la définition de son cadre d'intervention et de déclenchement de l'enquête. Il devrait en principe venir confirmer l'autonomie du Parquet européen.

²⁴⁹² O. CAHN, « « A Christmas Carol » luxembourgeois : la CJUE consacre l'indépendance du parquet français. CJUE, 12 décembre 2019, C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *Revue du droit de l'Union européenne* n°1, 2020, pages 203 à 209.

Cela milite selon nous pour un alignement de la notion d'autorité judiciaire au sens de la DEE sur celle du MAE puisqu'elle suscite alors un malaise encore plus grand.

²⁴⁹³ D. MAGNUS, « Europäische Staatsanwaltschaft - Vorzüge und Schwächen des aktuellen EU-Verordnungsvorschlags », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 06/2015, 2015, pages 181 à 186.

2) Le déclenchement incertain des enquêtes du Parquet européen : la primauté d'un droit de l'Union insuffisamment précis

À l'instar du ministère public national, le Parquet européen est une autorité chargée de veiller au nom de l'Union européenne à l'application du droit de l'UE lorsqu'il est pénalement sanctionné en tenant compte du droit des individus et de la nécessité du système de justice pénale²⁴⁹⁴. Dans ce cadre, le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices des infractions pénales portant atteintes aux intérêts financiers de l'Union²⁴⁹⁵. Un des moments clefs est alors le déclenchement de l'enquête, dont l'efficacité dépend largement du degré de clarté et d'uniformisation de sa compétence par le règlement qui bénéficie de l'application du principe de primauté du droit de l'Union.

À première vue, le Parquet européen semble bénéficier d'un pouvoir de déclenchement autonome et prioritaire des enquêtes, favorable au respect des intérêts financiers de l'Union européenne et de sa « législation »²⁴⁹⁶. En raison du lien entre le déclenchement de l'enquête et la définition de sa compétence, le droit de déclenchement du Parquet s'exerce pourtant dans un cadre juridique incertain qui handicape son efficacité **(a)**. La violation frontale du principe de légalité est évitée mais en cas d'ultime désaccord, la répartition des compétences est *in fine* appréciée par les autorités nationales. Le droit applicable conduit à une application marginalisée du principe de primauté du droit de l'Union européenne qui ne peut soutenir la présomption de confiance permise au regard de la structure et l'organisation du Parquet européen.

D'autre part, le déclenchement de ses enquêtes dépend aussi d'une information dont il ne maîtrise pas l'accès **(b)**. La communication d'informations nécessaires à l'utilisation du pouvoir de déclenchement des enquêtes représente un enjeu essentiel et pourtant sous-développé dans le règlement. L'obtention des informations nécessaires à la répartition des compétences entre le Parquet européen et les autorités nationales n'est pas évidente et est extérieure au Parquet européen. La priorité des activités du Parquet européen et donc la primauté du droit de l'Union européenne en pâtissent.

²⁴⁹⁴ H. CHRISTODOULOU, *Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses volume n°201, 2021, 518 pages. et références mentionnées dont la Recommandation du Conseil de l'Europe (2000)19, page 14 §1.

²⁴⁹⁵ Article 4, première phrase du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁹⁶ Le droit pénal matériel de l'Union européenne, notamment la directive « PIF » et son droit pénal procédural, le règlement relatif au Parquet européen.

a) Une priorité contrariée de l'action du Parquet européen

Le Parquet européen exerce de lui-même sa compétence soit en ouvrant une enquête (article 26 du règlement) soit en utilisant son droit d'évocation (article 27)²⁴⁹⁷. Le Parquet européen a donc une faculté d'auto-saisine importante, favorable à la protection efficace des intérêts financiers de l'Union européenne. Un procureur européen délégué ouvre officiellement l'enquête mais les deux niveaux centralisé et décentralisé du Parquet européen peuvent en vérité initier l'ouverture d'une telle enquête²⁴⁹⁸.

Une enquête peut tout d'abord être initiée, *ab initio*, par le procureur européen délégué compétent. Celui-ci ouvre une enquête en vertu de son droit national lorsqu'il a de bonnes raisons de croire qu'une infraction relevant de la compétence du Parquet européen est en train d'être commise ou a été commise²⁴⁹⁹. La formulation pourrait indiquer un déclenchement automatique d'une enquête si la suspicion est suffisamment forte. Le degré de suspicion exigé n'est cependant pas très précis et laisse une marge d'appréciation au Parquet européen. Le pouvoir d'initier une enquête semble se situer entre l'opportunité et la légalité du déclenchement des enquêtes²⁵⁰⁰.

Le PED dispose également d'un droit d'évocation des affaires. Lorsqu'une autorité judiciaire ou répressive d'un État membre ouvre une enquête concernant une infraction pénale à l'égard de laquelle le Parquet européen *pourrait* exercer sa compétence, ou si, à un moment quelconque après l'ouverture d'une enquête, l'autorité judiciaire ou l'autorité répressive compétente d'un État membre constate que l'enquête concerne une telle infraction, le Parquet européen est informé sans retard indu afin que ce dernier puisse décider d'exercer ou non son droit d'évocation²⁵⁰¹. Le Parquet européen peut aussi en faire usage s'il apprend par d'autres moyens qu'une enquête liée à une infraction pénale à l'égard de laquelle il pourrait être compétent a déjà été ouverte par les autorités compétentes d'un État membre²⁵⁰². Le Parquet européen peut ainsi exiger de traiter une

²⁴⁹⁷ Article 25(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁹⁸ Article 26(1), deuxième phrase du règlement relatif au Parquet européen.

²⁴⁹⁹ Article 26(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁰⁰ Voir *infra*.

²⁵⁰¹ Article 24(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁰² Article 27(3) du règlement relatif au Parquet européen.

affaire pour laquelle il s'estime compétent et souhaite enquêter²⁵⁰³. Le droit d'évocation peut être exercé à tout moment et par le procureur européen délégué de tout État membre dont les autorités ont ouvert une enquête²⁵⁰⁴. Ce droit d'évocation perdure longtemps. Le PED a même la possibilité de revenir sur une décision de ne pas exercer sa compétence en cas de fait nouveau, tant que l'enquête nationale n'est pas encore achevée et qu'aucun acte d'accusation n'a été soumis à une juridiction²⁵⁰⁵. Le pouvoir d'évocation du Parquet européen lui accorde donc une grande marge de manœuvre²⁵⁰⁶. L'usage du droit d'évocation concerne de nombreuses hypothèses où les informations essentielles ne sont connues que plus tard. Il peut conduire à connaître beaucoup plus d'affaires que si le Parquet européen ne pouvait qu'ouvrir une enquête *ab initio*. Le droit d'évocation est toujours invoqué en cohérence avec la politique stratégique du Parquet²⁵⁰⁷ et semble relever de la faculté plutôt que de l'obligation malgré l'imprécision de la formulation.

En cas de défaillance ou de résistance du niveau décentralisé, les chambres permanentes peuvent aussi user de leur pouvoir hiérarchique²⁵⁰⁸ et enjoindre le procureur européen délégué d'ouvrir une enquête²⁵⁰⁹ ou d'exercer son droit d'évocation²⁵¹⁰. Les chambres permanentes contrôlent et constituent donc un deuxième niveau de décision afin de confirmer ou d'infirmer la non-ouverture/la non-évocation d'une affaire. La décision d'enjoindre l'ouverture d'une enquête peut pallier un manque d'information initial du procureur européen délégué tandis que la possibilité d'imposer l'exercice du droit d'évocation permet de « corriger » la position du procureur européen délégué, qui bien qu'informé de l'existence d'une enquête nationale susceptible de relever de sa compétence, envisage de ne pas exercer son droit d'évocation. Pour cette raison, la chambre permanente doit toujours être informée du non-exercice du droit d'évocation par

²⁵⁰³ Article 27(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁰⁴ Article 27(6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁰⁵ Article 27(7) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁰⁶ Voir notamment les considérants (54)(55)(56)(58)(59)(60)(61)(64)(67)(68) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁰⁷ Article 27(6)(9) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁰⁸ Article 26(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁰⁹ Article 10(4)(a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵¹⁰ Article 10(4)(b) du règlement relatif au Parquet européen.

le PED afin de contrôler cette décision²⁵¹¹. A l'inverse, il est intéressant de noter que la chambre permanente ne peut pas empêcher l'usage du droit d'évocation ou l'ouverture d'une enquête par un procureur européen délégué. L'idée est donc de favoriser l'exercice de la compétence du Parquet européen. La chambre permanente ne peut que renvoyer l'affaire *a posteriori*, lorsque l'enquête menée révèle que les faits faisant l'objet de l'enquête ne constituent pas une infraction pénale à l'égard de laquelle le Parquet européen est compétent²⁵¹².

Le droit de déclenchement *ab initio* d'une enquête et le droit d'évocation du Parquet européen bénéficient en outre du principe de coopération loyale²⁵¹³. Si le Parquet européen décide d'exercer sa compétence, les autorités nationales compétentes s'abstiennent d'exercer la leur à l'égard du même comportement délictueux²⁵¹⁴. Le principe de coopération loyale s'applique avant même le déclenchement d'une enquête²⁵¹⁵ par le Parquet et perdure par la suite²⁵¹⁶. Pendant le délai de réflexion relatif à l'exercice de son droit d'évocation, les autorités nationales doivent à la fois s'abstenir de prendre toute décision de droit national susceptible d'empêcher le Parquet européen d'exercer ce droit (aspect passif)²⁵¹⁷ et prendre toutes les mesures urgentes nécessaires pour assurer l'efficacité de l'enquête et des poursuites (aspect actif)²⁵¹⁸. On évite ainsi la concurrence et le dédoublement des enquêtes et poursuites²⁵¹⁹, dans le respect du principe *ne bis in idem* et conformément à l'objectif d'efficacité des actions du Paquet européen. De fait, le pouvoir de déclenchement des enquêtes du Parquet européen n'est pas seulement autonome, il est également prioritaire²⁵²⁰. La primauté d'action du Parquet

²⁵¹¹ Article 27(6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵¹² Article 37(1)(2)(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵¹³ Voir le considérant (69), les articles 5(6) et 25(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵¹⁴ Article 25(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵¹⁵ Voir notamment l'article 27(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵¹⁶ Voir notamment l'article 27(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵¹⁷ Article 27(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵¹⁸ Article 27(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵¹⁹ Considérant (67) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵²⁰ D. SIMON, « Acte de naissance du Parquet européen », *Europe n° 11*, Novembre 2020, repère n°10. Le terme « évocation » implique un rapport hiérarchique et certains éléments du régime du droit d'« évocation » du Parquet européen témoignent d'ailleurs d'un tel rapport.

européen participe en principe à la primauté du droit matériel pénal de l'Union et de son respect. Il est l'acteur principal devant faire appliquer et respecter la directive « PIF »²⁵²¹.

Le système de déclenchement des enquêtes du Parquet européen semble donc à première vue favoriser l'ouverture d'enquêtes dans un grand nombre d'affaires. Le règlement prévoit *a priori* un déclenchement efficace, prioritaire et autonome des enquêtes par le Parquet européen. Le besoin d'efficacité de la lutte contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, mieux appréhendée par un organe européen indépendant que par les Etats membres, le justifie.

Il convient néanmoins dans un second temps d'observer ce pouvoir de déclenchement des enquêtes en lien avec la définition des compétences du Parquet européen, puisqu'elles en conditionnent l'usage, afin de déterminer sa réelle attractivité. Le pouvoir de déclenchement des enquêtes devrait être guidé par le principe de légalité, en vertu duquel le Parquet européen applique strictement les règles gouvernant l'ouverture des enquêtes²⁵²². Afin de garantir une sécurité juridique suffisante et une lutte efficace contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, le pouvoir d'auto-saisine du Parquet européen devrait s'inscrire dans le cadre de compétences largement définies, le plus uniformément et le plus clairement défini possible. Le Parquet européen pourrait ainsi bénéficier des effets du principe de primauté lors de l'exercice de sa compétence et donc du déclenchement des enquêtes.

Le droit autonome et prioritaire du Parquet européen de déclencher des enquêtes s'applique à des compétences malheureusement définies de manière incertaine et insuffisamment uniformisée²⁵²³. Le Parquet européen exerce sa compétence dans le cadre d'un partage avec les autorités nationales et sur le fondement de leur droit national²⁵²⁴. Le principe de légalité²⁵²⁵ n'est pas violé malgré les incertitudes relevées

²⁵²¹ La directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal.

²⁵²² Considérant (66) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵²³ Sur le caractère prioritaire mais non exclusif de la compétence du Parquet européen voir V. MITSILEGAS, « Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Co-ordination and Centralisation » , in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in *European Criminal Law*, 2016, pages 83 à 123.

²⁵²⁴ L'argument du renvoi au droit national des Etats membres avait déjà été utilisé dans le cadre de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen. L'approche est ici *in fine* la même.

²⁵²⁵ Considérant (66) du règlement relatif au Parquet européen.

dans le règlement²⁵²⁶ mais l'action du Parquet européen fait alors l'objet de multiples restrictions à l'intérieur même de son périmètre²⁵²⁷ en raison de la connexion entre l'acte délictueux sur lequel enquêter et le système judiciaire pénal des Etats membres. Le contexte dans lequel une telle enquête peut être déclenchée n'est pas assez clairement encadré et défini, notamment au regard du droit à un procès équitable²⁵²⁸. Les critères posés laissent une marge d'interprétation, notamment celles des autorités judiciaires nationales. Le système mis en place se situe alors entre le standard traditionnel national et un embryon de justice pénale de l'Union européenne²⁵²⁹.

La compétence du Parquet européen vise ainsi principalement les infractions inscrites dans la directive (UE) 2017/1371²⁵³⁰. Le Parquet européen possède aussi une compétence complémentaire relative aux infractions liées à la participation à une organisation criminelle de la décision-cadre 2008/841/JAI, si ces activités criminelles consistent essentiellement à commettre une infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne²⁵³¹. Enfin, le Parquet est accessoirement compétent à l'égard de toute autre infraction pénale indissociablement liée à un comportement délictueux relevant de la directive (UE) 2017/1371²⁵³². Cette compétence pourrait être élargie à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière par une

²⁵²⁶ P. CAEIRO et J. AMARAL RODRIGUES, « A European Contraption : the Relationship between the Competence of the EPPO and the Scope of the MS's Jurisdiction over Criminal Matters », Chapitre 4, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA(dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 57 à 83.

²⁵²⁷ C'est-à-dire qu'est la lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union : voir P. BEAUVAIS, M. BENLOLO-CARABOT, « Une avancée historique dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : la naissance du Parquet européen À propos de l'adoption du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017 relatif à la création du Parquet européen », *RTD Eur.*, 2019, pages 225 à 239.

²⁵²⁸ Voir notamment article 41(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵²⁹ P. CAEIRO et J. AMARAL RODRIGUES, « A European Contraption : the Relationship between the Competence of the EPPO and the Scope of the MS's Jurisdiction over Criminal Matters », Chapitre 4, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA(dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 57 à 83.

²⁵³⁰ Article 22(1) du règlement relatif au Parquet européen.
Sur la directive (UE) 2017/1371 voir P. BEAUVAIS, « Le renforcement de la protection pénale des intérêts financiers de l'Union européenne (Dir. (UE)2017/1371 du 5 juill. 2017 relative à la lutte conter la fraude portant atteinte aux interêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal)»; *RTD Eur.*, n°4, 2017, pages 875 à 894.

²⁵³¹ Article 22(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵³² Article 22(3) du règlement relatif au Parquet européen.

décision du Conseil européen²⁵³³. La Commission européenne a adopté une communication en ce sens concernant les infractions terroristes transfrontières en 2018²⁵³⁴. Cette extension des compétences n'est cependant pas à l'ordre du jour. Cette idée a notamment été saluée par le Bundesrat allemand et le gouvernement français, mais a été estimée prématurée en Allemagne²⁵³⁵. L'unanimité nécessaire au sein du Conseil européen est actuellement improbable et une deuxième coopération renforcée aux fins d'extension de la compétence du Parquet n'est pas envisageable. Le Parquet européen devra donc d'abord faire la preuve de son efficacité et de la protection suffisante des droits des suspects et accusés avant tout chose²⁵³⁶. Le développement du volet pénal du droit économique et financier est l'étape préalable à l'approfondissement de l'intégration pénale dans d'autres domaines.

Malgré les apparences, la compétence du Parquet européen reste pourtant une compétence minimale qui protège un « bien juridique » propre à l'UE. Cette approche est justifiée par l'ingérence du Parquet européen dans le fonctionnement de la justice pénale mais cela emporte de graves conséquences²⁵³⁷. Le Parquet européen dispose d'une compétence au caractère instrumental et technique et ne peut pas poursuivre toutes les atteintes aux intérêts financiers de l'UE²⁵³⁸.

Tout d'abord, la compétence du Parquet reste excessivement dépendante du droit national des Etats membres. Il n'y a pas de définition réellement autonome et uniforme de

²⁵³³ Article 86(4) du TFUE.

²⁵³⁴ Commission européenne, communication du 12 septembre 2018, COM(2018) 641 final, page 3.

²⁵³⁵ Empfehlungen der Ausschüsse der 971. Sitzung des Bundesrates am 19. Oktober 2018 - Recommandations des commissions de la 971e séance du Bundesrat du 19 octobre 2018; BR-Drs 444/1/18.

²⁵³⁶ Voir Chapitre introductif pages 1 à 16 in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, 219 pages.

²⁵³⁷ Considérant (63) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵³⁸ Voir à ce sujet P. BEAUVAIS, M. BENLOLO-CARABOT, « Une avancée historique dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : la naissance du Parquet européen. À propos de l'adoption du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017 relatif à la création du Parquet européen », *RTD Eur.*, 2019, pages 225 à 239.

la compétence matérielle du Parquet européen²⁵³⁹. Le renvoi du règlement portant création du Parquet européen à la directive « PIF » ou la décision-cadre 2008/841/JHA opère une séparation et complexifie l'articulation du droit pénal matériel avec le droit pénal procédural. Le Parquet est alors obligé de s'appuyer sur le droit pénal substantiel des Etats membres²⁵⁴⁰. En effet, le Parquet européen est compétent à l'égard des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union prévues par la directive (UE) 2017/1371 telle que mise en œuvre en droit interne²⁵⁴¹. Il en va de même avec la décision-cadre 2008/841/JHA²⁵⁴². Les infractions pour lesquelles le Parquet est compétent sont celles transposées dans le droit national et pour lesquelles les Etats membres disposent d'une marge d'appréciation²⁵⁴³. Il ne s'agit que d'une harmonisation minimale. La compétence du Parquet est donc susceptible de varier d'un Etat membre à un autre. Ni la question de l'« over-implementing », ni celle relative aux infractions fusionnant une infraction « PIF » avec celle protégeant les intérêts nationaux analogues ne sont traitées. Il existe un risque potentiel de double sanction, contraire au principe *ne bis*

²⁵³⁹ P. CAEIRO et J. AMARAL RODRIGUES, « A European Contraption : the Relationship between the Competence of the EPPO and the Scope of the MS's Jurisdiction over Criminal Matters », Chapitre 4, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 57 à 83.

²⁵⁴⁰ G. GRASSO, R. SICURELLA et F. GIUFFRIDA, « European Public Prosecutor's Office Material Competence : Analysis of the « PIF » Directive and Regulation », Chapitre 3, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 23 à 56.

²⁵⁴¹ Article 22(1) du règlement relatif au Parquet européen.

NB : Le texte de la directive est en soi une avancée mais une avancée limitée, qui « lisbonise » la Convention PIF de 1995 et ses protocoles de 1996 et de 1997 avec quelques petites innovations : voir G. GRASSO, R. SICURELLA et F. GIUFFRIDA, « European Public Prosecutor's Office Material Competence : Analysis of the « PIF » Directive and Regulation », Chapitre 3, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 23 à 56.

²⁵⁴² Article 22(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁴³ G. GRASSO, R. SICURELLA et F. GIUFFRIDA, « European Public Prosecutor's Office Material Competence : Analysis of the « PIF » Directive and Regulation », Chapitre 3, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 23 à 56. Voir aussi P. CAEIRO et J. AMARAL RODRIGUES, « A European Contraption : the Relationship between the Competence of the EPPO and the Scope of the MS's Jurisdiction over Criminal Matters », Chapitre 4, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 57 à 83.

*in idem*²⁵⁴⁴. La retranscription à l'identique de la disposition relative à la fraude à la TVA dans le règlement²⁵⁴⁵ empêche quant à elle toute modification des seuils imposés sans passer par l'unanimité²⁵⁴⁶. La solution préconisée par le Corpus Juris d'unifier les droits internes en vue de l'action du Parquet n'a donc pas été retenue²⁵⁴⁷. L'absence d'uniformisation est problématique eu égard à la dimension supranationale conférée au Parquet européen. L'efficacité du déclenchement des enquêtes par le Parquet est relativisée par ce biais.

La compétence matérielle du Parquet européen connaît encore des limites et des modulations prévues dans le texte même du règlement. Les seuils minimums imposés sont relatifs et modulables en fonction de critères, eux-mêmes peu clairs. Un degré de probabilité plus ou moins important de compétence du Paquet existe mais pas de certitude absolue. Les autorités nationales sont aussi largement consultées²⁵⁴⁸. En cas de désaccord entre le Parquet européen et les autorités nationales sur la question de savoir si le comportement délictueux relève ou non de la compétence complémentaire ou accessoire du Parquet européen ou si les modulations de sa compétence s'appliquent, les autorités nationales compétentes pour statuer sur la répartition des compétences en cas de poursuites nationales déterminent qui est compétent pour instruire l'affaire²⁵⁴⁹. Le dernier mot concernant la répartition des compétences revient donc aux autorités nationales des Etats membres. Le déclenchement des enquêtes du Parquet est ainsi encore rendu plus aléatoire.

²⁵⁴⁴ P. CAEIRO et J. AMARAL RODRIGUES, « A European Contraption : the Relationship between the Competence of the EPPO and the Scope of the MS's Jurisdiction over Criminal Matters », Chapitre 4, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 57 à 83.

²⁵⁴⁵ Article 22(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁴⁶ G. GRASSO, R. SICURELLA et F. GIUFFRIDA, « European Public Prosecutor's Office Material Competence : Analysis of the « PIF » Directive and Regulation », Chapitre 3, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 23 à 56.

²⁵⁴⁷ P. BEAUVAIS, M. BENLOLO-CARABOT, « Une avancée historique dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : la naissance du Parquet européen. À propos de l'adoption du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017 relatif à la création du Parquet européen », *RTD Eur.*, 2019, pages 225 à 239. Voir aussi H. CHRISTODOULOU, *Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses volume n°201, 2021, 518 pages.

²⁵⁴⁸ Articles 25(2) et 25(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁴⁹ Article 25(6) du règlement relatif au Parquet européen.

De manière générale, le Parquet européen, bien que matériellement compétent, ne devrait pas exercer sa compétence lorsque le préjudice est inférieur à 10 000 euros²⁵⁵⁰. Un préjudice minimum peut avoir pour objet de justifier l'action du Parquet européen et de participer au respect du principe de proportionnalité des enquêtes au regard des moyens considérables mis en œuvre. Par dérogation, le Parquet européen peut cependant exercer sa compétence si « *les répercussions du dossier à l'échelle de l'Union sont de nature à rendre nécessaire la conduite d'une enquête par le Parquet européen* »²⁵⁵¹. Cette exception est *a priori* liée à un aspect politique et est donc par définition subjective. Le Parquet européen peut encore déroger à cette limitation si « *des fonctionnaires ou d'autres agents de l'Union, ou des membres des institutions de l'Union, pourraient être soupçonnés d'avoir commis l'infraction* »²⁵⁵².

Entre 10 000 et 100 000 euros de préjudice, le principe semble être l'exercice de sa compétence par le Parquet européen, et son abstention, l'exception. Néanmoins, en dessous d'un préjudice de 100 000 euros, si le collège estime qu'il n'est pas nécessaire d'ouvrir une enquête au niveau de l'Union, eu égard au degré de gravité de l'infraction ou à la complexité de la procédure dans une affaire spécifique, celui-ci formule des orientations générales permettant aux PED de décider, en toute indépendance et sans retard indu, de ne pas se saisir de l'affaire²⁵⁵³. Un même type d'infractions pourrait ainsi parfois conduire à une enquête, parfois non, selon les circonstances. De même, un même préjudice ne conduira pas forcément à chaque fois à une enquête selon l'infraction considérée. L'exercice de justification devrait être important. Ces orientations, évoquées dans le cadre de l'exercice du droit d'évocation du PED, devraient préciser la politique pénale du Parquet européen au fur et à mesure de ses activités. Le degré de sévérité de la politique pénale du Parquet européen influencera le volume d'affaires traitées. L'usage du droit d'évocation doit ainsi s'inscrire sans un « principe d'opportunité encadrée » du déclenchement des enquêtes afin de viser les affaires les plus complexes ou les plus graves. Ces orientations peuvent néanmoins être problématiques. Elles risquent de potentiellement transformer la nature du pouvoir du collège qui doit en principe rester stratégique et général. En effet, les orientations prévues « *indiquent, avec toutes les précisions nécessaires, les circonstances dans lesquelles elles s'appliquent, en fixant des*

²⁵⁵⁰ Article 25(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁵¹ Article 25(2)(a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁵² Article 25(2)(b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁵³ Article 27(8) du règlement relatif au Parquet européen.

critères clairs, ce en tenant compte en particulier de la nature de l'infraction, de l'urgence de la situation et de l'engagement des autorités nationales compétentes »²⁵⁵⁴. Le risque est alors également de ne pas laisser une marge suffisante au PED pour apprécier de lui-même l'importance spécifique d'une affaire particulière. Bien qu'il ne soit pas précisé si de telles orientations s'appliquent également aux cas d'ouverture *ab initio* d'une enquête, tel devrait être le cas au regard de la compétence du collège pour établir une politique pénale générale et pour des raisons de cohérence.

Au-delà de 10 000 euros de préjudice et sans limite maximale, la compétence principale²⁵⁵⁵ ou complémentaire²⁵⁵⁶ du Parquet européen peut aussi être restreinte²⁵⁵⁷ en raison de sa compétence accessoire²⁵⁵⁸. Le Parquet européen s'abstient d'exercer sa compétence principale à l'égard de toute infraction relevant de la directive (UE) 2017/1371, et le cas échéant d'une infraction de la décision-cadre 2008/841/JAI²⁵⁵⁹ relevant de sa compétence complémentaire, si la peine maximale prévue par le droit national est équivalente ou moins sévère à la peine maximale encourue pour une infraction indissociablement liée, sauf si cette dernière a contribué à la commission de l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne²⁵⁶⁰. Ainsi une compétence principale devient moins déterminante qu'une compétence estimée accessoire. Bien que le critère du *quantum* de la peine renvoie à une répartition des affaires en fonction de leur gravité, cette modulation de la compétence du Parquet européen est critiquable. Choisir ce seul critère n'est pas satisfaisant pour décider de la répartition des compétences entre le Parquet européen et les autorités nationales ni pour apprécier la proportionnalité des activités du Parquet européen. Plusieurs infractions simultanées relevant de la directive (UE) 2017/1371 et de la décision-cadre 2008/841/JAI peuvent ainsi par exemple être renvoyées aux autorités nationales en raison d'une seule infraction indissociablement liée. De plus, le critère du *quantum* de la peine dépend du

²⁵⁵⁴ Article 27(8) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁵⁵ Infractions définies dans la directive (UE) 2017/1371.

²⁵⁵⁶ Infractions définies dans la décision-cadre 2008/841/JAI.

²⁵⁵⁷ Article 25(3) du règlement relatif au Parquet européen: « *Le Parquet européen s'abstient d'exercer sa compétence à l'égard de toute infraction relevant de l'article 22 (...) si (...)* ».

²⁵⁵⁸ Toute autre infraction pénale indissociablement liée à un comportement délictueux relevant du champ d'application de la directive (UE) 2017/1371. Article 22(3) lu en combinaison avec article 25(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁵⁹ Si les activités criminelles consistent essentiellement à commettre une infraction visée à la directive (UE) 2017/1371.

²⁵⁶⁰ Article 25(3)(a) du règlement relatif au Parquet européen.

droit national des Etats membres et est donc susceptible de varier d'une affaire à une autre alors que les mêmes infractions sont visées.

Enfin, le Parquet européen s'abstient d'exercer sa compétence à l'égard de toute infraction relevant de sa compétence matérielle principale²⁵⁶¹, complémentaire ou accessoire s'il y a lieu de supposer que le préjudice causé ou susceptible d'être causé aux intérêts financiers de l'Union n'excède pas le préjudice causé ou susceptible d'être causé à une autre victime²⁵⁶². L'affaire revient alors aux autorités nationales compétentes. Cette autre victime peut notamment être un Etat membre. L'évaluation du préjudice, notamment en début d'enquête est pourtant parfois difficile à estimer précisément. Par « exception à l'exception », le Parquet européen peut tout de même exercer sa compétence, s'il obtient le consentement des autorités nationales compétentes et s'il apparaît qu'il est mieux placé pour ouvrir une enquête²⁵⁶³. Ces dérogations réduisent ainsi le champ de compétence du Parquet européen au profit des Etats membres. La compétence en matière de fraude à la TVA²⁵⁶⁴ semble encore plus restrictive. Le Parquet européen est uniquement compétent lorsque ces actes ou omissions intentionnelles ont un lien avec le territoire de deux Etats membres ou plus et entraînent un préjudice d'un montant total d'au moins 10 000 000 EUR²⁵⁶⁵. Le règlement pose une condition de préjudice minimum renforcé et une condition de dimension transfrontière. Ces restrictions sont discutables puisque la fraude à la TVA est forcément au détriment de l'UE en tant qu'elle constitue une ressource propre²⁵⁶⁶ et représente chaque année une perte énorme pour le budget de l'UE. Les Etats membres ne se sont pas montrés très efficaces jusqu'ici²⁵⁶⁷.

²⁵⁶¹ Cette restriction ne s'applique pas aux infractions visées à l'article 3, paragraphe 2, points a), b) et d), de la directive (UE) 2017/1371 telle que mise en œuvre en droit interne.

²⁵⁶² Article 25(3)(b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁶³ Article 25(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁶⁴ Les infractions visées à l'article 3, paragraphe 2, point d), de la directive (UE) 2017/1371.

²⁵⁶⁵ Article 22(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁶⁶ La "ressource TVA" est une contribution des États membres correspondant au montant d'une taxe sur la valeur ajoutée (TVA) perçue au taux de 0,3% sur une assiette harmonisée entre les pays de l'UE de TVA qu'ils perçoivent. La "ressource TVA" est une ressource propre constituée par des prélèvements des États membres sur leurs recettes. Fiche thématique, "Quelles sont les ressources de l'Union européenne ? », <https://www.vie-publique.fr/fiches/20375-quelles-sont-les-ressources-de-lunion-europeenne>.

²⁵⁶⁷ Voir introduction *supra*.

Le déclenchement des enquêtes du Parquet européen dépend encore de sa compétence territoriale et personnelle, qui doit toujours être établie²⁵⁶⁸. Le Parquet européen est compétent à l'égard des infractions relevant de sa compétence matérielle, lorsque ces infractions ont été commises en totalité ou en partie sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats membres²⁵⁶⁹; commises par un ressortissant d'un État membre pour autant qu'un État membre soit compétent lorsque ces infractions sont commises en dehors de son territoire²⁵⁷⁰; ou commises en dehors du territoire d'un ou de plusieurs Etats membres par une personne qui, au moment de l'infraction, était soumise au statut des fonctionnaires ou au régime applicable aux autres agents pour autant qu'un État membre soit compétent lorsque ces infractions sont commises en dehors de son territoire²⁵⁷¹. La compétence territoriale ou personnelle du Parquet n'est pas tout-à-fait parallèle mais passe l'intermédiaire de la compétence des Etat membres participant à la coopération renforcée²⁵⁷². Cela implique plus ou moins directement l'exigence selon laquelle un Etat membre doit être compétent pour que le Parquet européen puisse l'être également. Cette dépendance augmente les risques de concurrence et de conflits de compétences entre les autorités nationales et le Parquet européen. D'autre part, les critères de compétences territoriale et personnelle influent sur le PED compétent et le lieu de l'enquête²⁵⁷³. Le déclenchement de l'enquête par le PED compétent va par effet circulaire aussi influencé la compétence matérielle du Parquet²⁵⁷⁴. En effet, l'application du droit national spécifique de l'Etat membre d'origine du PED a un effet domino sur le

²⁵⁶⁸ Article 23 du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁶⁹ Article 23(a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁷⁰ Article 23(b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁷¹ Article 23(c) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁷² P. CAEIRO et J. AMARAL RODRIGUES, « A European Contraption : the Relationship between the Compétence of the EPPO and the Scope of the MS's Jurisdiction over Criminal Matters », Chapitre 4, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA(dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 57 à 83.

²⁵⁷³ Article 26(1) du règlement relatif au Parquet européen. « *Lorsque, conformément au droit national applicable, il y a de bonnes raisons de croire qu'une infraction relevant de la compétence du Parquet européen est en train d'être commise ou a été commise, un procureur européen délégué d'un État membre qui, en vertu de son droit national, est compétent à l'égard de ladite infraction ouvre une enquête* ».

²⁵⁷⁴ Considérant (79) du règlement relatif au Parquet européen.

P. CAEIRO et J. AMARAL RODRIGUES, « A European Contraption : the Relationship between the Compétence of the EPPO and the Scope of the MS's Jurisdiction over Criminal Matters », Chapitre 4, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA(dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 57 à 83.

pouvoir de déclencher une enquête²⁵⁷⁵. La procédure d'enquête est en principe ouverte/récupérée par un PED de l'État membre dans lequel l'activité criminelle principalement a lieu²⁵⁷⁶. Si plusieurs infractions liées ont été commises, le PED compétent est celui de l'État membre dans lequel la plus grande partie des infractions ont été commises²⁵⁷⁷. L'idée est de rationaliser la répartition des compétences entre PED et éviter les conflits de compétence au sein même du Parquet. La défense devrait ainsi connaître le droit procédural²⁵⁷⁸ et substantiel applicables²⁵⁷⁹ ainsi que la juridiction compétente²⁵⁸⁰. Une incertitude demeure pourtant puisque le PED chargé de l'enquête peut être exceptionnellement déterminé selon d'autres critères²⁵⁸¹. Un PED d'un autre État membre peut être compétent, compte tenu, par ordre de priorité, du lieu de résidence habituelle du suspect ou de la personne poursuivie²⁵⁸²; de sa nationalité²⁵⁸³; du lieu où le principal préjudice financier a eu lieu²⁵⁸⁴. Ces critères sont plus descriptifs que prescriptifs et ne précisent pas ce qui justifierait une telle exception. D'autre part, si l'intérêt général de la justice peut aussi justifier la relocalisation ou la jonction/disjonction d'un dossier²⁵⁸⁵, cet intérêt ne s'accorde pas forcément avec l'ordre de priorité des critères. Le PED finalement désigné pour déclencher une enquête n'est pas certain. La défense peut être rendue plus difficile. Le suspect, l'accusé ou son avocat peuvent éventuellement faire face aux règles d'un autre système juridique que celui initialement envisageable. Le malaise est renforcé par l'absence de contrôle juridictionnel des décisions concernant le

²⁵⁷⁵ Voir *supra*.

²⁵⁷⁶ Article 26(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁷⁷ Article 26(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁷⁸ Articles 28(1), 30 à 33 du règlement relatif au Parquet européen. Ces éléments feront l'objet d'une étude plus approfondie *infra*.

²⁵⁷⁹ Articles 22, 26(1) et 27(6) du règlement relatif au Parquet européen. L'impact du droit national et des autorités nationales sur la définition de la compétence matérielle du Parquet européen a été discutée plus haut dans cette partie. Voir *supra*.

²⁵⁸⁰ Article 36(3) du règlement relatif au Parquet européen. Ces éléments feront l'objet d'une étude plus approfondie *infra*.

²⁵⁸¹ Article 26(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁸² Article 26(4)(a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁸³ Article 26(4)(b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁸⁴ Article 26(4)(c) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁸⁵ Article 26(5)(6) du règlement relatif au Parquet européen.

choix de l'Etat membre qui devrait accueillir l'enquête²⁵⁸⁶. Ce contrôle devrait être européen au regard du caractère européen des critères et du pouvoir confié aux chambres permanentes²⁵⁸⁷.

Faute d'uniformisation et de clarté suffisante du droit applicable, on constate donc une certaine variabilité de l'action du Parquet européen²⁵⁸⁸ dans le cadre du système de compétences concurrentes entre le Parquet européen et les autorités nationales²⁵⁸⁹. La variabilité de sa compétence entraîne la relativisation de l'efficacité son droit de déclenchement des enquêtes.

La détermination de la possibilité d'enquête exige aussi une information suffisante mais celle-ci semble avoir fait l'objet d'une réflexion insuffisante.

²⁵⁸⁶ T. RAFARACI, « Brief Notes on the European Public Prosecutor's Office : Ideas, Project and Fulfilment », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 157 à 163.

²⁵⁸⁷ Article 25(3)(4)(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁸⁸ T. RAFARACI, « Brief Notes on the European Public Prosecutor's Office : Ideas, Project and Fulfilment », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 157 à 163.

²⁵⁸⁹ Considérant (13) du règlement relatif au Parquet européen.

b) L'accès aux informations et leur évaluation préalables : une dépendance à des systèmes nationaux divergents

Le plein exercice du déclenchement des enquêtes par le Parquet européen va se heurter à une autre difficulté: l'accès à l'information. Le Parquet européen reste largement passif concernant la recherche des informations qui lui sont nécessaires à l'exercice de sa compétence. La transmission « *de toutes les informations pertinentes* » se fait par les autorités nationales ou européennes, voire internationales²⁵⁹⁰. De ce point de vue, le déclenchement d'une enquête « *sans retard indu* »²⁵⁹¹ par le Parquet dépend de ses « partenaires », en particulier des autorités compétentes des Etats membres sur lesquelles le présent développement se concentrera essentiellement. S'il existe une forme de confiance, c'est plutôt celle obligée du Parquet européen envers les autorités nationales. La réception des informations conditionne l'ouverture d'une enquête *ab initio* ou son évocation par le PED, de lui-même²⁵⁹² ou suite aux instructions de la chambre permanente²⁵⁹³.

Les institutions, organes et organismes de l'Union européenne et les autorités des Etats membres compétentes sont tenus de signaler sans retard indu tout comportement délictueux à l'égard duquel le Parquet européen pourrait exercer sa compétence²⁵⁹⁴. Le Parquet devrait pouvoir s'appuyer sur la coopération d'Eurojust²⁵⁹⁵, OLAF²⁵⁹⁶, Europol et les autorités nationales²⁵⁹⁷ des Etats membres participants, tant pour éviter toute duplication de procédure que pour obtenir les informations utiles dont ces autorités disposent et profiter de leur analyse²⁵⁹⁸. Dans certains cas, le Parquet peut aussi demander des informations complémentaires pertinentes²⁵⁹⁹. Le Parquet européen

²⁵⁹⁰ Article 27 en lien avec l'article 24(1)(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁹¹ Article 5(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁹² Articles 26(1) et 27(1)(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁹³ Articles 26(3) et 27(6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁹⁴ Article 24(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁹⁵ Article 100 du règlement relatif au Parquet européen.

Sur le lien entre Eurojust et le Parquet européen : voir notamment C. TRENTMANN, « Eurojust und Europäische Staatsanwaltschaft – Auf dem richtigen Weg? », ZStW 129(1), 2017, pages 108 à 145.

²⁵⁹⁶ Article 101 du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁹⁷ Considérant (69) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁹⁸ Voir notamment le considérant (100) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁵⁹⁹ Article 24(9) du règlement relatif au Parquet européen.

dispose encore de la faculté de coopérer avec les autorités d'Etats membres qui ne participent pas à la coopération renforcée, les autorités de pays tiers et des organisations internationales²⁶⁰⁰. Le Parquet européen peut échanger directement avec toutes ces entités²⁶⁰¹ et conclure des arrangements de travail²⁶⁰² de nature technique et/ou opérationnelle dans le respect de la protection des données à caractère personnel. On s'assure ainsi que le Parquet européen ait un accès le plus large et le plus aisé possible aux informations dont il a besoin afin de déclencher efficacement une enquête. Les informations communiquées au Parquet européen sont enregistrées et vérifiées afin de déterminer s'il y a lieu d'ouvrir une enquête ou d'exercer le droit d'évocation²⁶⁰³. Si le Parquet européen décide finalement de ne pas ouvrir une enquête ou d'exercer son droit d'évocation, il doit justifier sa décision²⁶⁰⁴. Le Parquet informe quant à lui les autorités nationales compétentes de toutes les décisions qu'il prend, relatives au déclenchement d'une enquête²⁶⁰⁵. À l'inverse, s'il vient à sa connaissance qu'une infraction pénale ne relevant pas de sa compétence pourrait avoir été commise, il en informe ces autorités et leur transmet tous les éléments de preuve pertinents²⁶⁰⁶. Le transfert d'informations fait donc en principe l'objet d'une obligation de coopération dans les deux sens. On s'assure de la proportionnalité, de la justification et de l'adaptabilité des enquêtes respectives. Le but est d'engager un maximum d'enquêtes au niveau le plus propice, par le Parquet européen ou les autorités nationales.

À première vue, le système d'acquisition et de traitement de l'information semble clair et comme allant de soi. Une attention trop faible semble toutefois avoir été portée à l'acquisition initiale de l'information²⁶⁰⁷. La prise de connaissance des faits et la qualité de l'information dans le rapport de transmission n'ont pas fait l'objet de garanties ou de

²⁶⁰⁰ Article 99(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁰¹ Article 99(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁰² Article 99(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁰³ Article 24(6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁰⁴ Article 24(7) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁰⁵ Article 24(7) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁰⁶ Article 24(8) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁰⁷ D. NEGRI, « Best Practices and Optional Models in Financial-Economic Investigations in Europe in View of European Public Prosecutor's Office », in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 149 à 167.

développements suffisants par le règlement. Bien que soumis au principe de coopération loyale²⁶⁰⁸ et sans même remettre en cause leur bonne volonté, l'organisation interne des Etats membres relative à la lutte contre les infractions financières peut compliquer la coopération. L'échange d'informations est un moment critique où les autorités des Etats membres compétentes doivent aussi pré-évaluer les informations afin de déterminer si une affaire pourrait concerner le Parquet. Le Parquet européen ne maîtrise pas totalement l'appréciation des informations qui lui sont fournies alors que les autorités des Etats membres ne disposent pas d'une grille d'évaluation commune. Seules des possibilités de ré-évaluation par le Parquet européen existent sans que cela ne facilite son travail. Le temps que devra accorder le Parquet européen au traitement des informations n'a pas été optimisé. Cet aspect renforce la détermination finale des compétences par les autorités nationales.

L'information fournie au Parquet européen doit au minimum comprendre une description des faits, une évaluation du préjudice causé ou susceptible d'être causé, la qualification juridique possible et toute information disponible sur les victimes potentielles, les suspects ou toute autre personne impliquée²⁶⁰⁹. Deux spécificités des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union complexifient néanmoins le travail à effectuer en amont afin d'obtenir ces informations. Ces infractions visent le domaine particulièrement technique, complexe de l'économie et des fonds publics, et sont en général elles-mêmes sophistiquées et intelligemment dissimulées²⁶¹⁰.

La difficulté de produire et pré-évaluer l'information est notamment attestée par le fait que le Parquet européen doit aussi être informé lorsque l'autorité judiciaire ou répressive d'un Etat membre estime qu'il n'est finalement pas compétent en raison d'un préjudice estimé inférieur à celui d'autres victimes²⁶¹¹. Il est encore informé des cas où il n'est pas possible pour l'autorité nationale compétente de déterminer si les critères d'extension de sa compétence à des infractions occasionnant un préjudice inférieur à 10 000 euros sont remplis²⁶¹². Les informations transmises dans le cadre de l'évaluation des

²⁶⁰⁸ Article 5(6) du règlement relatif au Parquet européen. La coopération loyale renvoie à la confiance que l'on doit placer en ces autorités.

²⁶⁰⁹ Article 24(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶¹⁰ O. CAHN, « Criminal investigations in Financial-Economic Matters in France », in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 57 à 82.

²⁶¹¹ Article 24(3) lu en combinaison avec l'article 25(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶¹² Article 24(5) lu en combinaison avec l'article 25(2) du règlement relatif au Parquet européen.

modulations de sa compétence influence directement la restriction ou l'extension du pouvoir de déclenchement de ses enquêtes du Parquet.

Produire et évaluer l'information demande donc un haut niveau d'expertise et de spécialisation face à la difficulté de dévoiler l'infraction. Les Etats membres y ont répondu de diverses façons, avec plus ou moins de succès. Le Parquet européen va donc devoir se confronter à l'importante diversité des systèmes de détection et de poursuites des infractions financières et dialoguer avec les autorités compétentes pour obtenir et traiter les informations.

En France, il existe de nombreuses autorités judiciaires et administratives chargées de lutter contre les crimes économiques et financiers, dotées de pouvoirs et d'affectations diverses²⁶¹³. Le législateur français a choisi d'impliquer des acteurs classiques - forces de polices, procureurs, cours pénales - mais aussi plus largement tous les participants aux activités économiques et financières - fonctionnaires et individus ou entités privés. Cette imposante bureaucratie doit prévenir, détecter, enquêter et poursuivre ces infractions. La coopération de ces entités est donc déjà complexe au niveau national du fait de sa diversité. La transition de l'enquête administrative vers l'enquête pénale et les dynamiques de coopération des forces de l'ordre impliquées dans les différentes enquêtes en sont affectées²⁶¹⁴. Cette difficulté nationale risque de se répercuter et de s'amplifier au niveau européen de la coopération et la transmission des informations au Parquet européen. En effet, les autorités françaises ont désigné en tant qu'autorités de signalement²⁶¹⁵, les autorités judiciaires, toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'une infraction²⁶¹⁶. La France a néanmoins tenté de simplifier la transmission de l'information. En principe, l'article 696-111 du code de procédure pénale devrait conduire à ce que les signalements soient adressés au Parquet européen par

²⁶¹³ Nous renvoyons ici à l'article de O. CAHN, « Criminal investigations in Financial-Economic Matters in France », in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 57 à 82.

²⁶¹⁴ Nous renvoyons ici à l'article de O. CAHN, « Criminal investigations in Financial-Economic Matters in France », in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 57 à 82.

²⁶¹⁵ Au sens de l'article 24(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶¹⁶ Commentaires des autorités françaises du 07 juin 2021 relatifs aux éléments devant être notifiés au titre de l'article 117 du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, Ref. Ares(2021)3716091. <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-11/10-FR.pdf>.

l'intermédiaire du procureur de la République spécialisé compétent, lui-même informé sur le fondement de l'article 19²⁶¹⁷, du second alinéa de l'article 40²⁶¹⁸ ou de l'article 80²⁶¹⁹ du CPP²⁶²⁰. On devrait donc faire remonter et regrouper dans un premier temps les informations au niveau national avant de les transmettre. Pour autant, cela ne réduit pas les acteurs qui produisent de l'information et plusieurs procureurs « intermédiaires » sont potentiellement concernés²⁶²¹. Actuellement, ces signalements peuvent aussi être directement adressés au procureur européen délégué par les autorités nationales compétentes mentionnées à l'article 19, au second alinéa de l'article 40 et à l'article 80 du CPP²⁶²². À l'avenir, ils devraient être uniquement directement adressés au PED par tout procureur de la République ou toute juridiction d'instruction ou toute autorité mentionnée à l'article 40 CPP en cas d'urgence²⁶²³.

En Allemagne, le cadre juridique et institutionnel de la lutte contre les crimes économiques et financiers relève principalement de la procédure traditionnelle, soumise aux règles générales du décret sur la procédure pénale (StPO)²⁶²⁴. Le principe veut que l'enquête pénale soit menée par le Ministère public²⁶²⁵ avec le soutien de la police²⁶²⁶ et

²⁶¹⁷ Article 19 CPP : « Les officiers de police judiciaire sont tenus d'informer sans délai le procureur de la République des crimes, délits et contraventions dont ils ont connaissance (...) ».

²⁶¹⁸ Article 40 alinéa 2 CPP : « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».

²⁶¹⁹ L'article 80 du CPP vise la communication entre le juge d'instruction et le procureur de la République.

²⁶²⁰ Principe clairement posé à l'article Article D47-1-35 CPP dans sa version à l'entrée en vigueur différée. La version actuelle datant du 15 avril 2022 des articles D47-1-35 CPP et D47-1-36 CPP donne *a priori* plus de souplesse.

²⁶²¹ Voir *infra*.

²⁶²² Version actuelle datant du 15 avril 2022 de l'article D47-1-35 CPP.

²⁶²³ Voir les articles à l'entrée en vigueur différée à une date non précisée : l'article D47-1-35 et de l'article D47-1-36 CPP dont la dernière phrase prévoit que « Tout procureur de la République ou toute juridiction d'instruction ou toute autorité mentionnée à l'article 40 qui a connaissance ou qui est saisie d'une infraction relevant des articles D. 47-1-31 à D. 47-1-33 peut adresser simultanément au procureur européen délégué les signalements prévus par l'article 696-111, notamment en cas d'urgence ».

²⁶²⁴ M. BÖSE, « The investigation and Prosecution of Economic and Financial Crimes - Role and Function of Administrative Authorities in Germany », in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 85 à 102.

²⁶²⁵ Les Länder ont néanmoins la possibilité de mettre en place des unités spécialisées au sein des services de procureurs afin de concentrer l'expertise juridique et économique.

²⁶²⁶ Articles 160, 161(1) et 163(1) StPO. Le Landeskriminalamt n'intervient que lorsqu'il s'agit d'une affaire trans-régionale ou trans-nationale et peut prendre des mesures d'enquête sous la supervision du Procureur.

de certaines autorités administratives. Le procureur devrait donc être un interlocuteur privilégié. Les autorités administratives spécialisées jouent cependant un rôle important en matière d'enquêtes administratives et pénales, parfois même de façon indépendante. L'Allemagne a ainsi désigné comme « autorité de signalement »²⁶²⁷ les parquets auprès des tribunaux de grande instance (Staatsanwaltschaften bei den Landgerichten), les parquets auprès des tribunaux régionaux supérieurs (Staatsanwaltschaften bei den Oberlandesgerichten), le procureur général fédéral (Generalbundesanwalt), le centre des administrations judiciaires des Länder pour l'élucidation des crimes nationaux-socialistes à Ludwigsburg (Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen in Ludwigsburg). Il en va de même concernant les autorités financières (Finanzbehörde) suivantes dans la mesure où elles occupent la position d'un ministère public²⁶²⁸: les Offices principaux des douanes (Hauptzollämter), les administrations fiscales (Finanzämter), l'Office central fédéral des impôts (Bundeszentralamt für Steuern).

Les interlocuteurs directs ou indirects du Parquet européen seront donc potentiellement nombreux et variés au sein d'un même Etat membre et entre les différents Etats membres et communiqueront selon des règles variées. Il existera un réseau complexe de communication. Le moment de la communication pourra alors aussi varier, avec les avantages et inconvénients d'une transmission précoce ou tardive des informations. Le Parquet européen devra faire un travail de tri et d'évaluation de toutes les informations transmises dans un délai restreint de cinq jours²⁶²⁹.

La suspicion d'une infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, nécessaire à l'ouverture *ab initio* d'une enquête pénale du Parquet européen, sera le résultat d'une enquête administrative préliminaire²⁶³⁰. L'OLAF ne mènera plus d'enquêtes

²⁶²⁷ Commentaires des autorités allemandes du 18 juin 2021 relatifs aux éléments devant être notifiés au titre de l'article 117 du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen. <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-11/12-DE.pdf>.

²⁶²⁸ Commentaires des autorités allemandes du 18 juin 2021 relatifs aux éléments devant être notifiés au titre de l'article 117 du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen. <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-11/12-DE.pdf>.

²⁶²⁹ Article 27(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶³⁰ D. NEGRI, « Best Practices and Optional Models in Financial-Economic Investigations in Europe in View of European Public Prosecutor's Office », in A. BERNARDI et D. NEGRI (dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 149 à 167.

administratives dans les affaires portant sur des actions frauduleuses ou d'autres irrégularités affectant les intérêts financiers de l'UE. La lutte contre ce type d'infractions relèvera de la compétence exclusive du Parquet européen²⁶³¹. Si l'OLAF soupçonne que de telles infractions ont été commises, il devra le signaler au Parquet dans les plus brefs délais.

La détection dépendra cependant largement des autorités nationales malgré la difficulté des Etats membres à se saisir de cette tâche. L'information obtenue et transmise à ce stade précoce sera par définition limitée. Elle pourrait ne pas suffire à déterminer la compétence du Parquet européen²⁶³². Peut-être aurait-il fallu préciser certains pré-requis et poser des limites temporelles précises afin de rapporter les comportements criminels²⁶³³ « *sans retard indu* »²⁶³⁴ mais aussi de garantir une précision et une qualité suffisante de l'information. Les diverses autorités administratives nationales n'ont effectivement pas les mêmes pouvoirs et n'interviennent pas toutes sur un même laps de temps. Il sera parfois complexe de savoir à chaque fois si et quelle autorité devrait transmettre directement ou indirectement les informations au Parquet européen et à quel moment. Cela pourra varier en fonction de l'infraction, de leurs pouvoirs, de l'appréciation de la gravité de l'affaire, de l'accès plus ou moins aisé à des documents selon les régimes juridiques applicables et du degré de suspicion exigé, notamment.

En France, la prévention et la détection de ces infractions relèvent de différentes institutions administratives chargées du contrôle des fonctionnaires et entités politiques, des entités/personnes chargées de la supervision d'opérateurs privés ainsi que de personnes/entités privées, telles que les organes disciplinaires des professions régulées, les auditeurs, les ONG, les lanceurs d'alertes et les repentis²⁶³⁵. Ces autorités ne sont pas compétentes pour enquêter dans le cadre d'une enquête pénale qui relève des autorités judiciaires. A l'inverse, l'expertise des autorités administratives spécialisées allemandes a

²⁶³¹ Commission européenne, Mémo MEMO/13/693 "Chaque euro compte – Foire aux questions sur le Parquet européen » du 17 juillet 2013, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_13_693.

²⁶³² Article 24(2) lu en combinaison avec l'article 25(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶³³ D. NEGRI, « Best Practices and Optional Models in Financial-Economic Investigations in Europe in View of European Public Prosecutor's Office », in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 149 à 167.

²⁶³⁴ Article 24(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶³⁵ Nous renvoyons ici à l'article de O. CAHN, « Criminal investigations in Financial-Economic Matters in France », in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 57 à 82.

justifié d'étendre leur mission à l'enquête pénale²⁶³⁶. Le but est de bénéficier au niveau pénal de leur expertise juridique et économique et d'avoir facilement accès aux informations déjà disponibles dans la procédure administrative. Ces autorités administratives peuvent dans certains cas limités et de moindre importance enquêter et poursuivre de façon indépendante. Elles agissent cependant généralement sous la supervision du ministère public. Le signalement devrait donc advenir plus tard que dans le cas français.

Lorsque le Parquet européen use de son droit d'évocation, une autorité judiciaire ou répressive d'un État membre aura déjà ouvert une enquête et constate à un moment quelconque que l'enquête concerne une infraction pénale à l'égard de laquelle le Parquet pourrait exercer sa compétence²⁶³⁷. Le Parquet européen est alors informé sans retard indû. Cette information s'étend notamment à l'hypothèse où une autorité judiciaire ou répressive d'un État membre ouvre une enquête concernant une infraction pénale relevant en principe de la compétence matérielle du Parquet mais estime que le Parquet européen pourrait ne pas exercer sa compétence en raison de la trop faible gravité du préjudice subi par rapport aux autres victimes ou de la moindre sanction de cette infraction comparée à celle d'une infraction indissociablement liée²⁶³⁸. Les informations disponibles seront à ce stade plus tardives mais aussi plus complètes et le degré de suspicion renforcé. Il s'agit donc cette fois du transfert d'une enquête pénale déjà en cours et qui peut susciter débat concernant le niveau de compétence. Les autorités susceptibles de transmettre les informations sont encore une fois variées. Les autorités nationales chargées de l'enquête pénale, notamment spécialisées, pourraient aussi avoir du mal à revenir sur leur compétence initiale au regard du travail d'enquête déjà fourni.

En France, les enquêtes et les poursuites (ainsi que le procès) des affaires relevant de questions économiques et financières sont assurées par des autorités judiciaires spécialisées²⁶³⁹ dont l'expertise et l'analyse pourraient être précieuses au Parquet

²⁶³⁶ M. BÖSE, « The investigation and Prosecution of Economic and Financial Crimes - Role and Function of Administrative Authorities in Germany », in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 85 à 102.

²⁶³⁷ Article 24(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶³⁸ Article 24(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶³⁹ Nous renvoyons ici à l'article de O. CAHN, « Criminal investigations in Financial-Economic Matters in France », in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 57 à 82.

européen. Dans les affaires simples, la section économique et financière du service du Ministère public auprès du Tribunal judiciaire compétent au niveau local est l'autorité judiciaire compétente. Aucune coopération n'est requise dans ce cas avec le Parquet européen en raison de la faible complexité du dossier (et de son caractère purement national). Dans les affaires qui sont ou paraîtraient d'une grande complexité, en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent, la compétence revient aux procureurs auprès des juridictions inter-régionales spécialisées en matière économique et financière (JIRS)²⁶⁴⁰. D'autre part, le parquet national financier (ci-après PNF) exerce une compétence concurrente, notamment dans les affaires présentant des éléments extra-territoriaux²⁶⁴¹. Les deux autorités de poursuites possèdent un droit de préemption en cas de conflit²⁶⁴² et il pourrait leur être difficile de renoncer à leur prérogatives. Les autorités françaises réfutent toute concurrence entre le PNF et le Parquet européen²⁶⁴³ bien que cela puisse être discuté²⁶⁴⁴. Le PNF devrait par contre être un des principaux interlocuteurs en France du Parquet européen²⁶⁴⁵. Enfin, il existe une nouvelle juridiction nationale chargée de la lutte contre la criminalité organisée (JUNALCO) qui exerce une compétence sur l'ensemble du territoire national pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement dans les affaires qui sont ou apparaîtraient d'une très grande complexité, notamment en raison du ressort géographique sur lequel elles s'étendent²⁶⁴⁶. Des

²⁶⁴⁰ Voir articles 704 à 704-4 CPP. Il y a huit JIRS en France : Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Paris, Rennes, Fort-de-France.

²⁶⁴¹ Voir les articles 705 à 705-5 du CPP.

²⁶⁴² Voir les articles 704-2 à 704-4 CPP et les articles 705-2 à 705-4 du CPP.

²⁶⁴³ Rapport d'information déposé par la Commission des Affaires européennes portant observations sur le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée (n°2731), le 18 novembre 2020 https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/duel/115b3585_rapport-information.pdf.

²⁶⁴⁴ Rapport d'information déposé par la Commission des Affaires européennes portant observations sur le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée (n°2731), *op. cit.*

²⁶⁴⁵ Nous renvoyons ici à l'article de O. CAHN, « Criminal investigations in Financial-Economic Matters in France », in A. BERNARDI et D. NEGRI (dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 57 à 82.

²⁶⁴⁶ Articles 706-75 à 706-79-1 CPP. Voir notamment E. DAOUD, « Circulaire du 4 octobre 2021 : Episode 3 - La saisine des juridictions spécialisées », *Dalloz Actualité*, 10 novembre 2021.

circulaires du 17 décembre 2019²⁶⁴⁷ et du 4 octobre 2021²⁶⁴⁸ précisent l'articulation des compétences entre les JIRS et le PNF et la JUNALCO. Les intrications dans la distribution des affaires compliquent potentiellement la compréhension et la mise en œuvre de ce système. Les procureurs spécialisés s'appuient aussi sur diverses forces de l'ordre et leur dépendance aux forces de police spécialisées *lato sensu*²⁶⁴⁹, sous-dimensionnées²⁶⁵⁰, peut encore compliquer l'obtention et la transmission d'informations. Le procureur du PNF devrait opérer un signalement si l'une au moins des infractions faisant l'objet du signalement relève de l'article 705 CPP²⁶⁵¹. Le procureur de la République territorialement compétent près la JIRS en matière économique et financière devrait signaler les infractions dans les autres cas²⁶⁵². Ainsi, tout autre procureur de la République ou toute juridiction d'instruction ou autorité mentionnée qui a connaissance ou est saisie d'une infraction relevant de la compétence du Parquet devrait ainsi, selon les cas, aviser le procureur de la République financier ou le procureur de la République spécialisé du JIRS afin que celui-ci procède au signalement²⁶⁵³. Ces autorités devraient néanmoins pouvoir adresser simultanément les signalements directement au PED en cas d'urgence²⁶⁵⁴. Les informations provenant de la JUNALCO devront-elles transiter par le PNF ou la JIRS afin d'être signalées ? Les recherches menées n'ont pas permis de trouver une disposition précise à ce sujet. Par défaut, tel pourrait être le cas. En

²⁶⁴⁷ Circulaire du 17 décembre 2019 relative à la compétence nationale concurrente du tribunal de grande instance et de la cour d'assises de Paris dans la lutte contre la criminalité organisée de très grande complexité, et à l'articulation du rôle des différents acteurs judiciaires en matière de lutte contre la criminalité organisée, NOR : JUS D 1934576 C; N° de Circulaire : Crim-2019-21/G/29.11.2019; N/REF : 2019/1686/D7.

²⁶⁴⁸ Circulaire du 4 octobre 2021 relative à la lutte contre la fraude fiscale; N° NOR : JUSD2129778C; N° CIRCULAIRE : CRIM »2021 « - 10 / G3 – 04/10/2021; N/REF : DP 2021/F/0122/FC4.

²⁶⁴⁹ Le dernier en date est le « service d'enquêtes judiciaires des finances » mis en place par la Loi du 23 octobre 2018 relative à la fraude fiscale et mis en place par un décret du 16 mai 2019. Il s'agit d'un service de police judiciaire singulier, dirigé par un magistrat de l'ordre judiciaire.

²⁶⁵⁰ O. CAHN, « Criminal investigations in Financial-Economic Matters in France », in A. BERNARDI et D. NEGRI, *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and imprint of Bloomsbury Publishing, 2017, pages 57 à 82.

²⁶⁵¹ Article D47-1-35 1° CPP dans sa version différée. *A priori* également dans sa version actuelle datant du 15 avril 2022. Dans la version actuelle datant du 15 avril 2022 de l'article D47-1-36 CPP, aucune répartition claire entre le PNF et le JIRS n'ai faite.

²⁶⁵² Article D47-1-35 2° CPP dans sa version différée. Dans sa version actuelle datant du 15 avril 2022, il n'est que mentionné son information lorsqu'au moins une des infractions faisant l'objet du signalement relève de sa compétence. Dans la version actuelle datant du 15 avril 2022 de l'article D47-1-36 CPP aucune répartition claire entre le PNF et le JIRS n'ai faite.

²⁶⁵³ Article D47-1-36 CPP, en tant que possibilité dans la version actuelle datant du 15 avril 2022, et en tant que principe dans sa version différée.

²⁶⁵⁴ Article D47-1-36 CPP, dans ses deux versions, actuelle datant du 15 avril 2022 et différée.

Allemagne, la communication pourrait être plus aisée. La conduite de l'enquête par le ministère public selon le droit commun devrait réduire les risques de conflit de compétences au niveau national. D'autre part, le cumul des pouvoirs d'investigation des volets administratif et pénal des autorités administratives permet parfois d'obtenir plus facilement l'information nécessaire et le procureur qui les supervise peut apprécier la qualité suffisante de l'information à différents stades de l'enquête²⁶⁵⁵.

Une autre difficulté est l'indétermination ou le conflit de compétence suite au traitement des informations obtenues. Le Parquet européen ne maîtrise pas totalement l'appréciation des informations qui lui sont fournies alors que les autorités des Etats membres ne disposent pas d'une grille d'évaluation commune lorsqu'elles pré-évaluent l'information avant de la transmettre au Parquet européen. Le problème survient en cas de désaccords et de positions contradictoires entre le Parquet et les autorités nationales. La deuxième évaluation des informations par le Parquet devrait en principe constituer une garantie à l'exercice de sa compétence bien qu'elle allonge potentiellement la durée de déclenchement d'une enquête. Il n'existe pourtant aucun mécanisme européen centralisé et contraignant de règlement des conflits de compétences négatifs et positifs entre le Parquet européen et les autorités nationales²⁶⁵⁶. En cas d'incertitude, le principe voudrait alors que l'indétermination des critères permettant l'exercice d'une compétence étendue à titre exceptionnel²⁶⁵⁷ conduise le Parquet européen à ne pas déclencher une enquête. A l'inverse, lorsqu'il s'agit de limitations à la compétence du Parquet, ces limites devraient être interprétées de façon restrictive. Par exemple, l'impossibilité de déterminer si le préjudice subi par l'Union européenne est supérieur, équivalent ou moindre à celui d'une autre victime²⁶⁵⁸ devrait conduire le Parquet européen à déclencher une enquête. Cela semble d'autant plus justifié que le consentement des autorités nationales compétentes lui permet d'exercer sa compétence lorsque le préjudice subi ou susceptible d'être subi par l'Union est inférieur à celui d'une autre victime²⁶⁵⁹.

²⁶⁵⁵ Par exemple, le besoin de suspicion dans le cadre pénal peut être contourné par l'emploi de mesures d'enquêtes administratives.

²⁶⁵⁶ V. MITSILEGAS, « Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Co-ordination and Centralisation » , in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, pages 83 à 123.

²⁶⁵⁷ Article 25(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁵⁸ Article 25(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁵⁹ Article 25(4) du règlement relatif au Parquet européen.

En cas de désaccord, dont on peut pressentir le caractère nombreux en raison des critères et des modulations possibles de compétence précédemment étudiés, le règlement octroie finalement le dernier mot aux Etats membres et à leurs autorités nationales²⁶⁶⁰. Cet aspect renforce la détermination finale des compétences par les autorités nationales. En cas de désaccord sur la question de savoir si le comportement délictueux relève ou non de l'article 22, paragraphe 2 ou 3, ou de l'article 25, paragraphe 2 ou 3, ce sont les autorités nationales compétentes pour statuer sur la répartition des compétences en cas de poursuites à l'échelle nationale qui déterminent qui doit être compétent pour instruire l'affaire²⁶⁶¹. Elles évaluent donc s'il s'agit d'infractions relatives à la participation à une organisation criminelle²⁶⁶² dont les activités criminelles consistent essentiellement à commettre une infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE²⁶⁶³ ou si des faits constituent une infraction pénale indissociablement liée à un comportement délictueux relevant des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union prévues par la directive (UE) 2017/1371. Elles vérifient également si une infraction relevant du champ de compétence matérielle du Parquet européen - infractions de directive (UE) 2017/137, infractions indissociablement liées, infractions relatives à la participation à une organisation criminelle - conduit à un préjudice d'un minimum de 10 000 euros²⁶⁶⁴ et supérieur à celui d'une autre victime potentielle²⁶⁶⁵. Elles observent encore si ces infractions sont sanctionnées d'une peine maximale supérieure à une infraction indissociablement liée qui ne contribuerait pas à la commission d'une infraction portant atteinte aux intérêts financier de l'UE. Enfin, ces autorités nationales décident du déclenchement exceptionnel d'une enquête par le Parquet européen en cas de préjudice inférieur à 10 000 euros²⁶⁶⁶ ou de préjudice supérieur d'une autre victime²⁶⁶⁷. L'appréciation des autorités nationales des informations transmises peut ainsi moduler l'exercice de la compétence du Parquet et concrétiser ou relativiser sa priorité dans le déclenchement d'une enquête. Etant à la fois juge et partie,

²⁶⁶⁰ Considérant (62) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁶¹ Article 25(6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁶² Telles que définies dans la décision-cadre 2008/841/JAI et mises en œuvre en droit interne.

²⁶⁶³ Prévues par la directive (UE) 2017/1371 et mises en œuvre en droit interne.

²⁶⁶⁴ Article 25(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁶⁵ Article 25(3)(b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁶⁶ Article 25(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁶⁷ Article 25(4) du règlement relatif au Parquet européen.

les autorités nationales, notamment les juridictions des Etats membres, risquent de trancher les désaccords (trop) favorablement aux positions nationales. Encore une fois, il y a une déférence et une exigence de confiance envers les Etats membres insuffisamment cadrées qui met en danger l'efficacité du Parquet européen. La priorité du droit d'évocation n'est pas aussi claire que ce qu'il aurait pu être espéré. L'Allemagne prévoit ainsi que le tribunal allemand examinera, sur objection de l'accusé, la compétence du PED pour engager des poursuites²⁶⁶⁸.

En cas de conflit négatif de compétences, le risque est d'indirectement obliger le Parquet européen à déclencher une enquête au détriment de la proportionnalité de celle-ci et donc défavorablement au respect des droits fondamentaux. En cas de conflit positif de compétences, la difficulté survient en cas d'interprétation trop restrictive du cadre d'exercice de la compétence du Parquet européen. On handicape alors le pouvoir de déclenchement d'une enquête du Parquet européen. Les désaccords entre le Parquet européen et les autorités nationales dans l'évaluation des informations peuvent retarder, empêcher le déclenchement d'une enquête par le Parquet européen ou au contraire l'y contraindre. Cela pose la question si un éventuel recours est possible à l'encontre d'une telle décision²⁶⁶⁹ ? L'article 42 du règlement ne prévoit pas un tel recours puisqu'il vise le contrôle juridictionnel des décisions prises par le Parquet européen. Une telle possibilité dépendra donc du droit interne des Etats membres. Néanmoins, La Cour de justice pourra être interrogée et statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des articles 22 et 25 du présent règlement²⁶⁷⁰.

Une fois observé les éléments préalables à l'enquête et à la poursuite, il convient d'observer les pouvoirs d'enquête et de poursuite dont dispose le Parquet européen.

²⁶⁶⁸ Conformément au nouvel article 16 alinéa 2 du projet de StPO.

F. BITTMANN, « EU-direkt: Die Europäische Staatsanwaltschaft vor dem Start », WisteV, <https://wisteV.de/journal/2020/03/05/deeu-direkt-die-europaeische-staatsanwaltschaft-vor-dem-start/> , janvier 2020, dernière consultation juin 2021.

²⁶⁶⁹ V. MITSILEGAS, « Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Co-ordination and Centralisation » , in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, pages 83 à 123.

²⁶⁷⁰ Article 42(2) c) du règlement relatif au Parquet européen.

Section 2: La définition insuffisamment européanisée des pouvoirs d'enquête et de poursuite du Parquet européen

L'enquête est essentiellement menée sur un territoire national et le Parquet européen constitue un acteur des procédures de poursuites pénales nationales²⁶⁷¹. Le règlement prolonge alors les marqueurs du caractère « double » du PED jusqu'au régime procédural auquel sont soumises ses mesures d'enquête, y compris les garanties les entourant **(1)**. Il n'existe pas un ensemble complet et uniforme de règles relatives aux mesures d'enquête susceptibles d'être prises par le Parquet européen. La solution retenue est une solution de compromis qui résulte malheureusement en une définition des pouvoirs d'enquête du PED plutôt nationale qu'européenne. Le développement d'un système procédural européen, au moins rudimentaire, est pourtant souhaitable.

Après enquête, le Parquet européen dispose du choix de la réponse pénale **(2)**. Ce choix semble mieux encadré par le droit de l'Union européenne et il semble exister un principe européanisé et assoupli de légalité des poursuites dans le règlement. Le droit procédural national conserve tout de même une place certaine et la poursuite devant les juridictions nationales pose notamment difficulté de point de vue de l'égalité des armes et du régime applicable à l'admissibilité et à l'appréciation de la preuve. Certains auteurs soutiennent alors l'idée d'une Cour pénale de l'Union européenne²⁶⁷² par révision des traités²⁶⁷³.

Les pouvoirs d'enquête et de poursuite du Parquet européen restent donc finalement insuffisamment encadrés par le droit de l'Union et sont d'une efficacité relativisée et variable. La concrétisation du principe de respect des droits fondamentaux dépend alors aussi largement du droit procédural des Etats membres. On peut difficilement parler d'une protection européenne et équivalente, encore moins uniforme. Le régime mis en place ne traduit pas de forte présomption de confiance entre les Etats membres et ni envers le Parquet européen.

²⁶⁷¹ Article 26(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁷² Cet élément de discussion sort néanmoins du champ de notre thèse. Nous renvoyons dès lors à la thèse de H. CHRISTODOULOU, *Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses volume n°201, 2021, 518 pages.

²⁶⁷³ Article 86(2) TFUE.

1) L'absence d'efficacité et de protection équivalentes des mesures d'enquête du Parquet européen

Les PED enquêtent dans leurs États membres respectifs au nom du Parquet européen²⁶⁷⁴. Le PED doit donc assurer la conformité des procédures au droit national²⁶⁷⁵ tout en étant membre d'un organe européen dont la fonction est la sauvegarde des intérêts financiers de l'Union européenne²⁶⁷⁶. Leurs pouvoirs d'enquête doivent être à la hauteur d'un Parquet européen autonome mais intégré afin de pouvoir rassembler les preuves nécessaires à la sanction efficace de l'infraction.

Le droit primaire²⁶⁷⁷ de l'Union européenne n'a pas donné d'indications concernant le droit procédural pénal applicable aux enquêtes du Parquet européen. L'appui sur le droit procédural national faciliterait la mission des juridictions nationales appelées à juger l'affaire. Cela pourrait assurer une meilleure application du droit en raison de sa familiarité pour le juge national. Néanmoins, si le lieu du jugement diverge de celui de l'enquête, le droit national applicable pour évaluer les activités de recherche et les actes d'accusation ne serait plus le même que celui appliqué lors de la phase d'enquête. Le PED et le procureur européen doivent aussi avoir une connaissance parfaite du droit procédural national applicable dans les procédures judiciaires au principal²⁶⁷⁸. L'adoption d'un droit procédural propre à l'Union européenne permettrait de mener l'ensemble de la procédure (enquête, poursuites, jugement) selon un droit procédural uniforme. Outre le fait de faciliter les mesures d'enquêtes du Parquet, cela renforcerait le caractère autonome et supranational de ce dernier. Le risque serait cependant de fragmenter le droit procédural pénal au niveau national. Les tribunaux seraient obligés de juger des infractions financières identiques selon un droit procédural différent, en fonction de l'autorité

²⁶⁷⁴ NB : conformément à l'article 43(2) du règlement intérieur du Parquet européen, lorsque le droit national le permet, le procureur européen peut aussi charger un ou plusieurs PED du même État membre de mener l'enquête aux côtés du PED chargé de l'affaire.

²⁶⁷⁵ Le renvoi à la conformité au droit national des mesures du PED est constante et invoquée de façon générale à l'article 28(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁷⁶ P. BEAUVAIS, M. BENLOLO-CARABOT, « Une avancée historique dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : la naissance du Parquet européen. À propos de l'adoption du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017 relatif à la création du Parquet européen », *RTD Eur.*, 2019, pages 225 à 239.

²⁶⁷⁷ L'article 86 TFUE ne fait pas référence à un droit procédural spécial qui devrait s'appliquer à l'organisation judiciaire nationale ou à la procédure judiciaire au principal.

²⁶⁷⁸ Les critères de nomination du procureur européen et du PED devraient cependant assurer de telles connaissances.

européenne ou nationale d'enquête et de poursuite. L'Association fédérale des avocats allemands soutenait la création d'un droit procédural propre au droit de l'Union mais la Commission européenne ne l'a même pas envisagé²⁶⁷⁹.

Le règlement semble opter pour une troisième solution, intermédiaire, qui repose sur la combinaison des deux précédentes. Les PED²⁶⁸⁰ sont ainsi « *investis des mêmes pouvoirs que les procureurs nationaux dans le domaine des enquêtes, des poursuites et de la mise en état des affaires, en plus et sous réserve des pouvoirs et du statut particuliers qui leur sont conférés et dans les conditions prévues par le présent règlement* »²⁶⁸¹. Dans ce cadre, les pouvoirs d'enquête du Parquet européen devraient être entourés de garanties procédurales uniformes et européanisées de préférence²⁶⁸², afin de respecter de façon équivalente et suffisante le principe de protection des droits fondamentaux²⁶⁸³. L'enjeu est important puisque la juridiction de jugement évalue l'admissibilité des preuves obtenues par le Parquet au regard du respect de l'équité de la procédure et des droits de la défense²⁶⁸⁴. Plusieurs sources de protections sont reconnus par le règlement²⁶⁸⁵ et il reste à déterminer leur importance respective.

Malgré la mise en place de certaines exigences propres concernant les pouvoirs du PED, l'appui sur le droit national s'avère bien plus important que la définition de normes européennes. Les pouvoirs du PED sont ainsi définis par un socle minimum de mesures toujours disponibles et un principe de parallélisme des pouvoirs avec le ministère public de son Etat membre d'origine **(a)**. Des dispositions supplémentaires envisagent le cas particulier des enquêtes transfrontières sans que cela ne constitue de régime européen uniforme pour autant **(b)**. À côté des mesures générales, ce régime aurait pu et dû être bien plus adapté et européanisé. Cela aurait à la fois pris en compte

²⁶⁷⁹ D. MAGNUS, « Europäische Staatsanwaltschaft - Vorzüge und Schwächen des aktuellen EU-Verordnungsvorschlags », Zeitschrift für Rechtspolitik, Heft 06/2015, 2015, pages 181 à 186.

²⁶⁸⁰ Article 28(4) du règlement relatif au Parquet européen: lorsque le procureur européen conduit exceptionnellement l'enquête, il doit avoir le même droit d'ordonner ou de demander des mesures d'enquête. Il a alors tous les pouvoirs, responsabilités et obligations qui incombent à un procureur européen délégué.

²⁶⁸¹ Article 13(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁸² Voir notamment le considérant (65) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁸³ Article 5(1), en lien avec les dispositions 5(4) et 5(2) du règlement relatif au Parquet européen. Le principe d'impartialité concerne en particulier la phase d'enquête.

²⁶⁸⁴ Considérant (80) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁸⁵ Article 41(1)(2)(3) du règlement relatif au Parquet européen.

le caractère autonome et le caractère intégré du Parquet européen et renforcé la confiance mutuelle.

a) Un procureur européen délégué aux pouvoirs d'enquête largement nationalisés

Le règlement portant création du Parquet européen prévoit que, dans le respect des principes de proportionnalité²⁶⁸⁶, d'impartialité et d'équité²⁶⁸⁷, le PED n'ordonne des mesures que s'il existe des motifs raisonnables de croire que la mesure en question pourrait permettre d'obtenir des informations ou éléments de preuve utiles à l'enquête, et pour autant qu'il n'existe pas de mesure moins intrusive mais aussi efficace²⁶⁸⁸.

Le PED chargé d'une affaire peut prendre lui-même des mesures soit en déléguer l'exécution aux autorités compétentes de son État membre d'origine²⁶⁸⁹. Conformément au principe de coopération loyale²⁶⁹⁰, lesdites autorités nationales veillent en effet à ce que toutes les instructions du PED soient suivies et prennent les mesures dont elles ont été chargées²⁶⁹¹. Elles prennent également toute mesure urgente afin d'assurer l'efficacité des enquêtes, même si elles n'agissent pas sur instruction du PED²⁶⁹².

Ce même règlement ne détaille pourtant pas quelles mesures d'enquête sont susceptibles d'être prises ou ordonnées par le PED. En particulier, il ne prévoit pas un ensemble complet et uniforme de règles de droit de l'Union relatives aux mesures susceptibles d'être prises dans le cadre de ses enquêtes du Parquet européen. Il n'existe qu'un ensemble minimum de mesures d'enquête en principe disponibles et communes pour tous les procureurs européens délégués prévu à l'article 30 du règlement.

Dans un premier temps, lorsque l'infraction faisant l'objet de l'enquête est passible d'une peine maximale d'au moins quatre années d'emprisonnement, les PED doivent alors toujours être habilités à ordonner ou à demander certaines mesures d'enquête²⁶⁹³.

La mise en place d'un seuil minimum relatif à la sanction encourue limite encore la possibilité de recourir aux mesures communes minimum. Ce seuil devrait en principe

²⁶⁸⁶ Considérant (70), article 30(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁸⁷ Considérant (65) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁸⁸ Article 30(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁸⁹ Article 28(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁹⁰ Considérant (69) et article 5(6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁹¹ Article 28(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁹² Article 28(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁶⁹³ Article 30(1) du règlement relatif au Parquet européen.

régulièrement être atteint au regard des infractions graves pour lesquelles le Parquet européen est compétent mais cela dépend de la transposition de la directive PIF des Etats membres²⁶⁹⁴. En effet, le rapport rendu fin 2021 par la Commission européenne concernant la mise en oeuvre de la directive PIF²⁶⁹⁵ souligne certains problèmes de conformité dont certains pourraient toucher l'efficacité des enquêtes et des poursuites du Parquet européen²⁶⁹⁶. Les principaux problèmes de conformité découlent de lacunes de la législation nationale transposant les définitions pénales des articles 3, 4 et 5 de la directive mais il existe également des difficultés de transposition en matière de sanctions à l'encontre des personnes physiques. Sur ce dernier point, la Commission a relevé des difficultés dans un quart des États membres. Le caractère effectif, dissuasif et proportionné de ces sanctions peut être compromis²⁶⁹⁷ et le respect du seuil de sanction d'une peine maximale d'au moins quatre ans d'emprisonnement prévu à l'article 7(3) de la directive PIF n'est pas toujours assuré²⁶⁹⁸.

En Allemagne, les infractions visées aux articles 3 et 4 de la directive PIF sont en principe punissables d'une peine maximale qui prévoit l'emprisonnement²⁶⁹⁹. *A priori*, la peine d'emprisonnement prévue est en général de 5 ans maximum²⁷⁰⁰ et relevée jusqu'à

²⁶⁹⁴ Voir notamment articles 7 et 8 de la directive « PIF », il existe une certaine variabilité de ce qui constitue un « préjudice considérable » pour que l'infraction visée soit passible d'une peine maximale d'au moins quatre ans d'emprisonnement.

²⁶⁹⁵ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre de la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, Bruxelles, le 6 septembre 2021, COM(2021) 536 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0536&from=DE>

²⁶⁹⁶ Voir page 2 du rapport de 2021 de la Commission européenne.

²⁶⁹⁷ Voir page 3 du rapport de 2021 de la Commission européenne. En ce qui concerne l'article 7(1), la législation de plusieurs États membres contient des dispositions qui permettent aux personnes physiques d'échapper à la responsabilité pénale ou à l'infliction de sanctions si elles signalent l'infraction ou remboursent le préjudice causé aux intérêts financiers de l'Union à différents stades avant ou pendant la procédure pénale.

²⁶⁹⁸ Voir page 8 du rapport de 2021 de la Commission européenne. Le non-respect du seuil des sanctions prévu à l'article 7(3) de la directive PIF concerne notamment en ce qui concerne: la «non-communication d'une information» dans le contexte d'une fraude portant sur des dépenses liées ou non à la passation de marchés publics; les actes préparatoires dans le domaine du blanchiment de capitaux; la corruption passive sans circonstance aggravante; la corruption active lorsqu'elle est commise par un agent public à l'égard d'un autre agent public ou sans «manquement à des devoirs», un tel manquement n'étant pas requis par l'article 4, paragraphe 2, point b), de la directive PIF; et le détournement.

²⁶⁹⁹ Exigence posée à l'article 7(2) de la directive « PIF » : « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions pénales visées aux articles 3 et 4 soient passibles d'une peine maximale qui prévoit l'emprisonnement* ».

²⁷⁰⁰ Voir par exemple § 264 Abs. 1 Nr. 1 à 4 StGB ; § 263 Abs. 1 et 5 StGB ; § 370 Abs. 1 Nr 1 et Nr 2 AO; § 373 Abs. 1 Alternative 1, Absatz 2 AO; § 1 et 2 EUFinSchStG.

10 ans²⁷⁰¹ concernant les infractions d'une particulière gravité²⁷⁰². Le fait qu'une infraction pénale visée soit commise dans le cadre d'une organisation criminelle au sens de la décision-cadre 2008/841/JAI est également prise en compte par le droit allemand en tant que circonstance aggravante²⁷⁰³. Le seuil critique d'une peine d'emprisonnement de 4 ans ne devrait donc pas représenter une difficulté excessive afin de prendre les mesures d'enquête prévues à l'article 30 du règlement. En France, le législateur français a notamment adopté une ordonnance du 18 septembre 2019²⁷⁰⁴ afin de finir de se conformer au droit de l'Union. Cette ordonnance s'inscrit dans une démarche de transposition de la directive PIF mais se veut aussi un instrument d'aggravation du dispositif pénal²⁷⁰⁵. Les peines encourues sont le plus souvent de 10 ans²⁷⁰⁶. Les possibilités de réduction de la peine encourue ne devraient pas ramener celle-ci en dessous du seuil critique de 4 ans concernant les infractions les plus graves²⁷⁰⁷. Le PED français devrait donc pouvoir prendre les mesures d'enquête prévues à l'article 30 du règlement sans trop de difficultés. Ce seuil devrait aussi permettre d'assurer la

²⁷⁰¹ Voir par exemple article 264 Abs. 3 StGB, 263 Abs. 5 StGB, 373 Abs.1 Alternative 1, Absatz 2 AO, 335 StGB.

²⁷⁰² Voir la Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, entrée en vigueur le 28.06.2019, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=BundesanzeigerBGBl&start=//%5b@attr id=%27bgbl119s0844.pdf%27%5d#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr id%3D%27bgbl119s0844.pdf%27%5D_1671007587601. Voir également Commentaires des autorités allemandes du 18 juin 2021 relatifs aux éléments devant être notifiés au titre de l'article 117 du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-11/12-DE.pdf>. Un tableau des dispositions allemandes correspondant aux articles de la directive PIF y est disponible.

Ces dispositions remplissent donc l'exigence posée à l'article 7(3) de la directive « PIF » et les précisions qui y sont donnée en matière de gravité : « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions pénales visées aux articles 3 et 4 soient passibles d'une peine maximale d'au moins quatre ans d'emprisonnement lorsqu'elles entraînent un préjudice ou un avantage considérable* ».

²⁷⁰³ Conformément à l'article 8 de la directive « PIF ». Voir par exemple article 263 Abs. 5 StGB.

²⁷⁰⁴ Ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal.

²⁷⁰⁵ J.-L. ALBERT, « Le recours au droit pénal pour lutter contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne », *Revue Française de Comptabilité*, Ed. comptables-Malesherbes, 2020, n°538, pages 44 à 46.

²⁷⁰⁶ L'ordonnance modifie ainsi les articles 432-11, 4315, 433-1, 435-1 et 435-3 du CP qui prévoient une peine de 10 ans concernant les infractions qu'ils recouvrent. L'article 433-4 CP tel que modifié prévoit une peine de 7ans. L'ordonnance crée également l'article 314-1-1 CP et prévoit une peine maximum d'au moins 5 ans et portée à 7 ans en cas de bande organisée.

²⁷⁰⁷ Voir par exemple article 435-6-1 CP : « La peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice d'une des infractions prévues aux articles 435-1 à 435-4 est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis de faire cesser l'infraction ou d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices ». Voir également article 432-11-1 CP, 433-2-1 CP.

proportionnalité de la mesure à la gravité de l'infraction. Cette proportionnalité devrait être favorable au respect des droits fondamentaux par le Parquet lorsqu'il prend des mesures coercitives.

Le PED devrait ainsi (presque) toujours pouvoir ordonner ou demander la perquisition de tous locaux, terrains, moyens de transport, domicile privé, vêtements et de tous autres biens personnels ou système informatique²⁷⁰⁸. Il devrait aussi lui être permis d'adopter toute mesure conservatoire nécessaire afin de préserver l'intégrité ou d'éviter la perte ou la contamination des preuves obtenus par perquisition²⁷⁰⁹. Le PED devrait encore pouvoir décider de la production de tout objet ou document pertinent²⁷¹⁰; de données informatiques stockées, cryptées ou non, y compris des coordonnées bancaires ou des données relatives au trafic²⁷¹¹. Ensuite, il devrait pouvoir ordonner le gel des instruments ou des produits du crime, y compris les avoirs, destinés à faire l'objet d'une confiscation, s'il y a tout lieu de croire que celui qui en est propriétaire ou détenteur ou qui les contrôle s'efforcera de priver d'effet la décision de justice ordonnant la confiscation²⁷¹². Enfin, le PED devrait pouvoir envisager l'interception de communications électroniques reçues ou passées par le suspect ou la personne poursuivie, par tout moyen de communication électronique utilisé²⁷¹³ ou le repérage et le traçage d'un objet par des moyens techniques, y compris les livraisons contrôlées de biens²⁷¹⁴.

L'adoption de cette palette de mesures minimum, communes à tous les PED et applicables dans chaque Etat membre, devrait favoriser l'efficacité de l'enquête et la recevabilité mutuelle des preuves. Les mesures permettant de produire ces preuves seront en effet reconnues dans le droit national des différents Etats membres et donc par chaque juridiction nationale susceptible de juger l'affaire. Cette liste est néanmoins plus restreinte que celle originellement prévue dans le projet de règlement de la Commission européenne de 2013²⁷¹⁵. Cela implique une réduction des pouvoirs d'enquêtes minimums

²⁷⁰⁸ Article 30(1) a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁰⁹ Article 30(1) a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷¹⁰ Article 30(1) b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷¹¹ Article 30(1) c) du règlement relatif au Parquet européen; à l'exception des données spécifiquement conservées conformément au droit national en application de l'article 15, paragraphe 1, deuxième phrase, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil.

²⁷¹² Article 30(1) d) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷¹³ Article 30(1) e) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷¹⁴ Article 30(1) f) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷¹⁵ Article 26 du projet de règlement de la Commission européenne de 2013.

du Parquet européen ou du moins davantage de contraintes dans la mise en œuvre des mesures d'enquêtes qui ne sont plus répertoriées. Les mesures évincées étaient plus coercitives que celles conservées. Il n'est notamment plus aussi aisé d'envisager la surveillance en temps réel de télécommunications par transmission instantanée des données relatives au trafic des télécommunications, afin de localiser le suspect et identifier les personnes qui ont été en contact avec lui à un moment précis dans le temps²⁷¹⁶. Il en va de même concernant la surveillance des transactions financières en ordonnant à tout établissement financier ou de crédit d'informer, en temps réel, de toute transaction financière effectuée via un compte déterminé détenu ou contrôlé par le suspect ou via tout autre compte dont il y a raisonnablement lieu de croire qu'il est utilisé en lien avec l'infraction²⁷¹⁷. La convocation de suspects et de témoins, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils pourraient fournir des informations utiles à l'enquête²⁷¹⁸ ou leur interrogatoire²⁷¹⁹ ont également été écartés de la liste des mesures toujours disponibles. C'est enfin également le cas de la désignation d'experts, d'office ou à la demande du suspect, lorsque des connaissances spécialisées seraient requises²⁷²⁰. La confiance accordée au Parquet européen est donc moindre que celle initialement envisagée.

Pour le reste, le règlement ne prévoit aucune autre indication procédurale européenne relative à la mise en œuvre de ces mesures. Le régime applicable sera celui prévu par le droit national des Etats membres qui devra simplement respecter l'obligation de disponibilité²⁷²¹. La limitation des mesures devant toujours être disponibles est alors aggravée par la faculté des Etats membres à assortir ces mesures d'enquête de conditions et de restrictions. Leur disponibilité sera plus ou moins large. A l'inverse, les Etats membres devraient également pouvoir enrichir la liste des mesures devant être toujours disponibles²⁷²². Le rapprochement des mesures toujours disponibles est donc lui-même incomplet.

²⁷¹⁶ Article 26(1) f) du projet de règlement de la Commission européenne de 2013.

²⁷¹⁷ Article 26(1) g) du projet de règlement de la Commission européenne de 2013.

²⁷¹⁸ Article 26(1) k) du projet de règlement de la Commission européenne de 2013.

²⁷¹⁹ Article 26(1) t) du projet de règlement de la Commission européenne de 2013.

²⁷²⁰ Article 26(1) u) du projet de règlement de la Commission européenne de 2013.

²⁷²¹ Article 30(5) du règlement relatif au Parquet européen : « *Les procédures et les modalités d'adoption des mesures sont régies par le droit national applicable* ».

²⁷²² « *À tout le moins* », article 30(1) du Règlement au Parquet européen.

Les mesures d'enquête peuvent être assorties de conditions de restrictions particulières qui s'appliquent à l'égard de certaines catégories de personnes ou de professionnels juridiquement tenus à une obligation de confidentialité²⁷²³. La production de données informatiques stockées, l'interception de communications électroniques reçues ou passées et le repérage et le traçage d'un objet par des moyens techniques peuvent être encore assorties d'autres conditions et limitations prévues par le droit national applicable²⁷²⁴. En particulier, les Etats membres peuvent limiter l'interception de communications électroniques reçues ou passées et le repérage et le traçage d'un objet à certaines infractions graves²⁷²⁵. L'Etat membre notifie au Parquet la liste correspondante des infractions graves concernées²⁷²⁶. Ces limitations peuvent néanmoins servir la garantie des droits fondamentaux. En France et en Allemagne, des conditions particulières et différentes, liées au secret professionnel, seront dès lors applicables lorsque le Parquet prendra l'une des mesures contre un avocat, une agence de presse ou un journaliste, un médecin, un notaire ou un huissier, un juge²⁷²⁷. L'Allemagne a aussi encadré l'emploi des mesures d'interception des communications électroniques du

²⁷²³ Article 30(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷²⁴ Article 30(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷²⁵ Article 30(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷²⁶ Article 30(3) du règlement relatif au Parquet européen.

Communication allemande : Commentaires des autorités allemandes du 18 juin 2021 relatifs aux éléments devant être notifiés au titre de l'article 117 du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-11/12-DE.pdf>.

Communication française : Commentaires des autorités françaises du 07 juin 2021 relatifs aux éléments devant être notifiés au titre de l'article 117 du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, Ref. Ares(2021)3716091 <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-11/10-FR.pdf>.

²⁷²⁷ Sur les restrictions françaises et allemandes concernant des mesures prises à l'encontre des personnes soumises au secret professionnel voir D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages.

suspect ou de la personne poursuivie²⁷²⁸ et des mesures de repérage et de traçage d'un objet²⁷²⁹ par certaines conditions et uniquement vis-à-vis d'infractions graves et spécifiques ce qui revient quasiment à l'application du régime national de droit

²⁷²⁸ Par rapport à l'article 30(1) e) du règlement relatif au Parquet européen :

Les mesures de surveillance des télécommunications se déroulent conformément aux conditions posées §100a StPO lorsqu'il s'agit d'une infraction grave (infraction figurant dans la liste de l'Abs. 2 qui là encore peuvent être conditionnées), si l'acte est grave dans le cas particulier et si l'enquête sur les faits ou la recherche du lieu de séjour du prévenu est autrement très difficile ou peu probable. Les infractions graves répertoriées et listées au §100a Abs. 2 StPO sont, par exemple, la corruption et le trafic d'influence de mandataires (§ 100a Abs. 2 n°1d StPO), le blanchiment d'argent si l'infraction préalable est l'une des infractions graves mentionnées à l'article 100a Abs. 2 n°1 à 11 StPO, etc. Les infractions listées peuvent encore être assorties de conditions supplémentaires.

La collecte de données relatives au trafic des communications au sens du §96, Abs.1, de la loi sur les télécommunications se fait conformément §100g Abs. 1 StPO en cas d'infraction d'importance majeure, notamment une infraction répertoriée et listée à l'article 100a, Abs. 2 StPO ou si une infraction a été commise par le biais des télécommunications. Outre les infractions répertoriées et listées de l'article 100a, Abs. 2 StPO, ces mesures peuvent également viser une autre infraction relevant de la compétence du Parquet européen (ex. §263 Abs. 1 StGB ou §266 Abs. 1 StGB) s'il s'agit d'une infraction d'une importance considérable dans le cas particulier (§100g Abs. 1 phrase 1 n°1 StPO), ou lorsque la tentative est punissable et que le Parquet est compétent pour la poursuite de l'acte de tentative, ou toutes les infractions qui relèvent de la compétence du Parquet européen et commises par le biais de la télécommunication (§100g Abs.1 phrase 1 n° 2).

La collecte de données relatives au trafic de communications au sens de l'article 113b de la loi sur les télécommunications (pourtant abrogé) se fait selon les conditions du §100g Abs. 2 StPO lorsqu'il s'agit d'une infraction répertoriée §100g Abs. 2 phrase 2 StPO, que l'infraction est particulièrement grave, que l'enquête sur les faits ou la recherche du lieu de séjour de l'accusé serait autrement très difficile ou impossible et enfin que la collecte des données est proportionnée à l'importance de l'affaire. Les infractions listées peuvent encore être assorties de conditions supplémentaires. Par exemple, la constitution d'une organisation criminelle (§129 StGB) ne peut être visée que dans le cas du §129 Abs. 1 i. en liaison avec l'Abs. 5, p. 3 du StPO (§ 100g, Abs. 2, p. 2, n° 1b); également en cas de tentative selon l'article 129, al. 4 du StPO.

L'interrogation de cellules radio prévue §100g Abs. 3 phrase 1 StPO est possible si les conditions du §100g Abs. 1 phrase 1 n° 1 StPO sont remplies (infraction d'une importance considérable dans le cas particulier, en particulier une infraction répertoriée selon l'article 100a Abs. 2 StPO), que la collecte des données est proportionnelle à l'importance de l'affaire et que l'enquête sur les faits ou la détermination du lieu de séjour de la personne poursuivie serait autrement impossible ou considérablement plus difficile. Pour l'interrogation de cellules radio au sens du §113b de la loi sur les télécommunications, l'article 100g Abs. 3 peut s'appliquer si les conditions mentionnées à l'Abs. 2 sont remplies concernant les infractions listées § 100g Abs. 2 S. 2 StPO.

²⁷²⁹ Par rapport à l'article 30(1) f) du règlement relatif au Parquet européen :

Concernant les mesures de poursuite et de localisation, les §§ 100g Abs. 1 StPO; 100g Abs. 2 StPO; 100g Abs. 3 S. 1 StPO; 100g Abs. 3 S. 2 StPO s'appliquent dans les mêmes conditions que dans le cadre de l'article 30(1) e) du règlement relatif au Parquet européen.

Le §100g Abs. 1 StPO vise les infractions répertoriées conformément au §100a, Abs. 2 StPO et les autres infractions d'importance majeure pour lesquelles le Parquet européen est compétent. Le §100g Abs. 2 StPO vise les infractions du catalogue et listées au §100g Abs. 2 S. 2 StPO. Le §100g Abs. 3 phrase 1 StPO vise les infractions listées à l'article 100a Abs. 2 StPO mais aussi les autres infractions d'importance considérable dans le cas particulier, pour lesquelles le Parquet européen est compétent. Le §100g Abs. 3 phrase 2 StPO vise les infractions répertoriées §100g Abs. 2 phrase 2 StPO.

Les mesures techniques d'investigation concernant les terminaux de téléphonie mobile prévues au §100i StPO ne sont disponibles que concernant des infractions d'une importance considérable. On vise donc les infractions répertoriées conformément au §100a, Abs. 2 StPO, ainsi que d'autres infractions d'une importance considérable dans un cas particulier, pour lesquelles l'EUSTA est compétent en matière de tentative.

commun²⁷³⁰. Par exemple, si le PED allemand est l'unique directeur de l'enquête, il ne peut ordonner l'exécution des mesures les plus attentatoires aux libertés individuelles sans l'accord d'un juge. Le législateur français a lui aussi limité la possibilité de recourir aux opérations de surveillance et de livraisons contrôlées aux infractions d'escroquerie en bande organisée, aux infractions d'abus de confiance en bande organisée, de soustraction et détournement de biens en bande organisée, de corruption en bande organisée et de blanchiment en bande organisée²⁷³¹. La livraison surveillée ne peut avoir lieu que pour des infractions de droit commun (non douanières) commises en bande organisée. Les autorités françaises ont également limité la possibilité de recourir à la technique dite de l'IMSI-catcher lorsqu'elle permet d'intercepter des correspondances émises ou reçues par un équipement terminal aux infractions d'escroquerie en bande organisée, de soustraction et détournement de biens, de corruption, et de blanchiment en bande organisée²⁷³². D'autre part, il convient aussi d'observer si les investigations conduites par le PED français le sont conformément aux dispositions applicables à l'enquête de flagrance, à l'enquête préliminaire, selon les dispositions du code des douanes²⁷³³ ou encore celles relatives à l'instruction, sous réserve des dispositions 696-116 à 696-132 CPP²⁷³⁴. Les pouvoirs propres du PED varient. Lorsque la procédure relève d'une instruction, les actes et décisions sont pris soit par le PED soit par le juge des libertés et de la détention saisi par réquisitions écrites et motivées du PED²⁷³⁵. Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies doivent par exemple, en l'absence d'assentiment exprès de la personne chez laquelle elles ont lieu, être effectuées avec l'autorisation du JLD saisi dans les conditions prévues à l'article 76 du CPP²⁷³⁶. De même, l'interception d'une correspondance émise par la voie de télécommunications, une géolocalisation, une enquête sous pseudonyme ou une technique spéciale d'enquête sont aussi des décisions prises par le JLD, saisi par réquisitions du PED, sauf si ces mesures sont ordonnées dans des conditions d'utilisation et de durée permettant au procureur d'y recourir dans le cadre de l'enquête de flagrance ou de l'enquête

²⁷³⁰ Article 2 de l'Europäische-Staatsanwaltschaft-Gesetz.

²⁷³¹ Articles 706-80 et suivants CPP, renvoyant aux articles 706-73-1 et 706-74 CPP.

²⁷³² Article 706-95-20 CPP renvoyant à l'article 706-73-1 CPP et à l'article 706-1-1 CPP.

²⁷³³ Article 696-113 CPP.

²⁷³⁴ Article 696-114 CPP.

²⁷³⁵ Article 696-117 CPP. Le juge d'instruction est ainsi écarté mais on a tenté de compenser avec la mise en place de l'autorisation du JLD.

²⁷³⁶ Article 696-126 CPP.

préliminaire²⁷³⁷. Les décisions ordonnant les saisies spéciales et les mesures conservatoires²⁷³⁸ sont prises par le JLD, saisi par réquisitions écrites et motivées du PED, sous réserve des pouvoirs propres du procureur²⁷³⁹.

Outre la faculté de recourir à un nombre minimum de mesures spécifiées, les PED doivent « *se voir conférer par leur État membre au minimum les mêmes pouvoirs que les procureurs nationaux* »²⁷⁴⁰. Le parallélisme des pouvoirs est possible en raison de son statut de membre actif du système judiciaire pénal de son Etat membre d'origine²⁷⁴¹ et de sa possible « double casquette »²⁷⁴². Les PED sont habilités à demander ou ordonner toute mesure à laquelle les procureurs nationaux pourraient avoir recours conformément au droit national dans le cadre de procédures nationales similaires²⁷⁴³. Le PED est un bras armé adapté à chaque Etat membre, y compris au niveau de ses pouvoirs d'enquête, afin d'investiguer sur le territoire national. Cette dépendance au droit national pourrait bien être son talon d'Achille²⁷⁴⁴. Pour une même affaire, des mesures peuvent être disponibles dans un Etat membre sans l'être dans un autre. Les mesures d'enquête disponibles sont encore une fois susceptibles de varier d'un Etat membre à un autre au regard de cette deuxième dimension du « socle minimum » de pouvoirs d'enquête.

Le parallélisme n'est d'ailleurs pas parfait puisque la possibilité de recourir à une mesure qui existe dans le cadre de procédures nationales similaires peut faire l'objet de restrictions conformément au droit national²⁷⁴⁵. Les procédures et les modalités d'adoption des mesures sont régies par le droit national applicable²⁷⁴⁶. Le règlement fait référence au droit pénal commun des Etats membres mais n'exclue pas la mise en place d'un régime national spécifique. Cela peut par exemple viser la réserve du juge ou des

²⁷³⁷ Article 696-127 CPP.

²⁷³⁸ Article 706-166 CPP.

²⁷³⁹ Article 696-128 CPP.

²⁷⁴⁰ Considérant (33) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁴¹ Article 17(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁴² Article 13(3) du règlement relatif au Parquet européen, voir *supra*.

²⁷⁴³ Article 30(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁴⁴ Voir le Chapitre introductif in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 1 à 16.

²⁷⁴⁵ Considérant (71) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁴⁶ Articles 30(4)(5) du règlement relatif au Parquet européen.

précautions particulières du point de vue de la protection des données ou de la vie privée²⁷⁴⁷. Les limitations et garanties procédurales des droits fondamentaux des mesures envisagées seront à nouveaux nationales.

En Allemagne, il conviendra de se référer aux articles 161 alinéa 1 du StPO²⁷⁴⁸, 152 du GVG et 402, 404 du AO en ce qui concerne les pouvoirs généraux d'enquête du PED et les instructions qu'il peut donner à la police, aux douanes et aux autorités fiscales²⁷⁴⁹. L'Allemagne applique en principe toutes les dispositions pertinentes du droit pénal procédural commun²⁷⁵⁰, sauf si la question est déjà réglementée par le règlement ou s'il existe une disposition additionnelle qui régule une question spécifique différemment ou en complément dans le but d'assurer une application effective de règlement. L'adoption de mesures par le PED ne devrait être ni moins ni plus favorable de ce point de vue.

En France, les PED disposeront des mêmes prérogatives qu'un procureur de la République ou du procureur général près la Cour d'appel²⁷⁵¹ conformément aux dispositions applicables à l'enquête de flagrance ou à l'enquête préliminaire et aux dispositions du code des douanes²⁷⁵². Il exercera même certaines prérogatives d'un juge d'instruction²⁷⁵³. Cette souplesse lui permettra de garder la conduite de la procédure. Ces prérogatives renforcées, justifiées par l'indépendance spécifique du PED, s'appliquent lorsqu'il est nécessaire de mettre une personne en examen, de la placer sous le statut de

²⁷⁴⁷ Deutscher Bundestag, Drucksache 19/17963, Thema : Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und zur Änderung weiterer Vorschriften, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/179/1917963.pdf>, 19. Wahlperiode, le 16.03.2020.

²⁷⁴⁸ Voir §161 StPO : « *Allgemeine Ermittlungsbefugnis der Staatsanwaltschaft* », les pouvoirs spécifiques sont spécifiés dans des dispositions particulières.

²⁷⁴⁹ J. THOMAS, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein Ausblick », *KriPoZ* ; 6(2021), 2, 2021, pages 106 à 114.

²⁷⁵⁰ Il s'agit par exemple de la surveillance du domicile conformément à l'article 100c du StPO, de la surveillance acoustique en dehors du domicile conformément à l'article 100f du StPO, de l'utilisation d'agents infiltrés conformément à l'article 110a du StPO et de la mise en œuvre d'une surveillance téléphonique à la source (télécommunications au moyen d'un ordinateur portable, d'un PC ou de la téléphonie IP) conformément à l'article 100a, paragraphe 1, phrases 1 à 3, alinéa 5, et à l'article 100e du StPO voir Deutscher Bundestag, Drucksache 19/17963, Thema : Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und zur Änderung weiterer Vorschriften, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/179/1917963.pdf>, 19. Wahlperiode, le 16.03.2020.

²⁷⁵¹ Article 696-109 CPP.

²⁷⁵² Article 696-113 CPP.

²⁷⁵³ Le cas échéant sous le contrôle du juge des libertés et de la détention (JLD).

témoin assisté, ou de recourir à des actes d'investigation qui ne peuvent être ordonnés qu'au cours d'une instruction, sous réserve des dispositions des articles 696-116 à 696-132 du CPP²⁷⁵⁴. Ainsi, le PED se situera alternativement dans le cadre procédural de l'enquête préliminaire ou de flagrance, ou dans le cadre procédural de l'instruction²⁷⁵⁵. Il choisira en opportunité de recourir aux pouvoirs du juge d'instruction. Cela pose la question des critères appliqués. Un rapport de l'Assemblée nationale indiquait à ce sujet que la jurisprudence devrait progressivement préciser ce point, ce qui est loin d'être satisfaisant²⁷⁵⁶. Une répartition des rôles est cependant également prévue entre le juge et le parquet français afin de garantir les droits fondamentaux. À partir du moment où l'acte est empreint d'une certaine gravité, une autorité juridictionnelle doit intervenir. Afin de contrebalancer les nouveaux pouvoirs du PED et éviter les abus d'autorité, les prérogatives du juge des libertés et de la détention ont aussi été élargies. En l'absence de flagrance ou d'assentiment express de la personne concernée, le JLD devra donc être sollicité lorsque l'acte porte atteinte à la liberté individuelle et à la vie privée ou à la propriété²⁷⁵⁷. Le PED pourra ainsi procéder à des mises en examen mais devra obtenir l'autorisation du JLD pour assigner à résidence et placer en détention provisoire²⁷⁵⁸.

Finalement, les suspects et personnes poursuivies ainsi que les autres personnes concernées par les enquêtes du Parquet jouiront surtout des droits procéduraux que le droit interne applicable leur accorde. Il en sera de même concernant leurs restrictions. Cela concerne notamment la possibilité de présenter des éléments de preuve, de demander la désignation d'experts ou une expertise et l'audition de témoins de la défense²⁷⁵⁹. Les droits de la défense restent dépendants du droit national des Etats

²⁷⁵⁴ Article 696-114 CPP.

²⁷⁵⁵ Cette nouveauté a également relancé le débat doctrinal autour de la question de la suppression du juge d'instruction français. La suppression du juge de l'instruction (*Untersuchungsrichter*) en Allemagne dès 1975 a conduit à son remplacement par un juge de l'investigation ou de l'incarcération (*Ermittlungs- ou Haftrichter*) qui garantit l'intervention d'un magistrat dans le cadre des poursuites.

²⁷⁵⁶ Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes portant observations sur le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée (no 2731); https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/duel/115b3585_rapport-information.pdf, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 novembre 2020.

²⁷⁵⁷ Hélène CHRISTODOULOU, « Le parquet européen à l'origine de la mutation de la procédure pénale nationale », *Dalloz Actualité*, 27 Février 2020.

²⁷⁵⁸ Compte rendu n°25 de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République du 24 novembre 2020; https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/cion_lois/115cion_lois2021025_compte-rendu.

²⁷⁵⁹ Article 41(3), conformément au considérant (85) du règlement relatif au Parquet européen.

membres bien qu'un minimum soit assuré par le droit de l'Union. Le PED aura l'obligation de rechercher tous les types de preuve, à charge et à décharge, d'office ou à la demande de la défense²⁷⁶⁰ dans le cadre que lui impose le droit national. Concernant, par exemple, le droit de présenter des preuves et de la possibilité pour le suspect ou son avocat de mener l'enquête²⁷⁶¹, la tendance générale semble de reconnaître ce droit mais sans donner la possibilité d'employer des mesures coercitives²⁷⁶². Cela dépend néanmoins pour beaucoup des traditions et concepts juridiques des Etats membres. En Allemagne, le défendeur a droit de demander l'obtention de preuves uniquement dans le cadre de son audition devant une juridiction²⁷⁶³. En France, ce ne sera que dans le cadre d'une procédure d'instruction menée par le PED que les personnes mises en examen, témoins assistés ou parties civiles exerceront l'intégralité des droits reconnus en droit national, en particulier le droit d'être assisté par un avocat et d'avoir accès au contenu de la procédure, de formuler une demande d'acte²⁷⁶⁴ auprès du PED, de présenter une requête en annulation ou de former un recours devant la chambre de l'instruction²⁷⁶⁵. Une mesure compensatoire aurait du être prévue chez le règlement portant création du Parquet européen afin d'égaliser les droits de la défense. La fragmentation des sources de protection contrarie en pratique l'égalité des armes.

Enfin, concernant les possibilités de recours juridictionnel contre les mesures d'enquête du Parquet européen, le règlement retient que les actes pris par celui-ci dans le cadre de ses enquêtes sont étroitement liés aux poursuites devant les juridictions nationales qui pourraient en résulter²⁷⁶⁶. Le Parquet européen intègre donc les systèmes judiciaires internes en tant que nouvelle composante des ministères publics nationaux et

²⁷⁶⁰ Considérant (65) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁶¹ T. WAHL, « The EPPO and the Fragmentation of Defence Rights », Chapitre 5, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 85 à 113.

²⁷⁶² Les articles 81 et 82-1 du CPP régissent la saisine du juge d'instruction par l'une des parties et visant à demander la réalisation de mesures utiles à la manifestation de la vérité.

²⁷⁶³ Articles 244(3), 166 du StPO.

²⁷⁶⁴ Les articles 81 et 82-1 du CPP régissent la saisine du juge d'instruction par l'une des parties et visant à demander la réalisation de mesures utiles à la manifestation de la vérité.

²⁷⁶⁵ Article 696-129 CPP.

²⁷⁶⁶ Considérant (87) du règlement relatif au Parquet européen.

sera soumis au contrôle judiciaire des juridictions nationales²⁷⁶⁷. Le règlement met en avant la spécificité structurelle et organisationnelle du Parquet européen par rapport aux autres organes et agences de l'UE²⁷⁶⁸ afin de retenir que ses actes de procédure destinés à produire des effets juridiques à l'égard de tiers seront soumis au contrôle des juridictions nationales compétentes²⁷⁶⁹.

Le contrôle juridictionnel lors de la phase préalable au procès devrait garantir une protection des droits fondamentaux de la personne avant la mise en accusation et favoriser l'admissibilité des preuves présentées lors du procès. Le droit à un recours effectif²⁷⁷⁰ est pourtant seulement garanti par le principe d'équivalence des voies de recours. Les règles de procédure nationales régissant les recours relatifs à la protection des droits individuels octroyés par le droit de l'Union doivent seulement « *ne pas être moins favorables que les règles régissant des recours similaires au niveau national et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union* »²⁷⁷¹. Le contrôle juridictionnel national peut donc exister ou non, être plus ou moins poussé, être plus ou moins ouvert. Si aucune voie de recours équivalente n'existe au niveau national, il n'existe pas d'obligation de créer une voie de recours spécifique et la décision du Parquet ne pourrait ne pas pouvoir être contrôlée²⁷⁷². La protection des droits fondamentaux lors de la phase d'enquête ne sera donc pas uniforme et l'admissibilité de la preuve restera une question en suspens.

En France, les possibilités de contestation des mesures d'enquête dépendront du cadre de l'enquête, c'est-à-dire s'il s'agit d'une instruction ou non. En effet, l'article 696-129 du CPP prévoit que dans le cadre de la procédure prévue à l'article 696-114 CPP, les personnes mises en examen, témoins assistés ou parties civiles exercent l'intégralité des droits qui leur sont reconnus par le code de procédure pénale au cours de l'instruction, en particulier celui de présenter une requête en annulation ou de former un

²⁷⁶⁷ Article 41 du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁶⁸ V. MITSILEGAS, « Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Co-ordination and Centralisation » , in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, pages 83 à 123.

²⁷⁶⁹ Considérant (87) et article 42(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁷⁰ Conformément à l'article 19(1) deuxième alinéa du TUE et la jurisprudence de la CJUE qui y est relative.

²⁷⁷¹ Considérant (88) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁷² Voir une illustration de la limite du principe d'équivalence et d'effectivité des voies de recours : Z. VARGA, « Retrial and principles of effectiveness and equivalence in case of violation of the ECHR and of the Charter: XC », *Common Market Law Review* 56, 2019, pages 1673 à 1696.

recours devant la chambre de l'instruction. Le mis en examen ainsi que le témoin assisté peuvent ainsi déposer des demandes de déclaration de nullité de certains actes d'enquête au sens de l'article 173 CPP. Conformément à l'article 170 CPP, la chambre de l'instruction peut être saisie aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure par le juge d'instruction, par le procureur de la République, par les parties ou par le témoin assisté au cours de l'information. Hors du cadre de l'instruction, les possibilités de contestation au cours de l'enquête sont bien plus réduites.

En Allemagne, il existe certaines interdictions d'obtention de preuve ou d'utilisation de preuve²⁷⁷³. Les interdictions d'obtention de preuves interdisent certains moyens ou procédés en vue de l'obtention de preuves, tandis que les interdictions d'utilisation de preuves conduisent à écarter certains résultats probatoires provenant des mesures d'enquête lors du jugement. Le prévenu a le droit de contester la décision ordonnant la mesure d'enquête ainsi que la manière dont ces mesures sont exécutées. Le StPO vise en premier lieu une protection juridique préventive et ne prévoit pas de base juridique pour contester la manière dont une mesure de contrainte est exécutée. La jurisprudence a cependant développé une protection juridique a posteriori au regard de l'article 19 alinéa 4 GG. La contestation des actes d'exécution judiciaires se fait conformément aux articles 304 et suivants du StPO²⁷⁷⁴. La contestation des décisions non judiciaires (mesures prises par la police et le ministère public) peut résulter de la loi²⁷⁷⁵ ou se fonde sur le § 98 Abs. 2 S. 2 StPO, appliqué par analogie²⁷⁷⁶.

²⁷⁷³ Certaines interdictions sont régies par le droit tandis que la plupart ont été dégagée par la pratique des tribunaux. Certains moyens de preuve ne peuvent par exemple pas être utilisés. Les déclarations de personnes autorisées à refuser de témoigner et qui ont fait usage de leur droit de refus de témoigner conformément à l'article 52 StPO ne peuvent pas être recueillies. Les interdictions légales d'utilisation des preuves recueillies sont par exemples prévues aux articles 136a al. 3 p. 2 StPO, § 100d al. 2 et 5 StPO § 160a al. 1 p. 1 et al. 2 p. 1 StPO, § 257c al. 4 p. 3 StPO. Dans les cas non prévus par la loi il s'agit principalement de mettre les intérêts de l'Etat et les droits fondamentaux de l'individu concerné en balance. Pour plus de détails voir https://krimpub.krimz.de/frontdoor/deliver/index/docId/190/file/Gutachten_Beweisverbote_Strafverfahren.pdf

Conformément à l'article 2 « Verfahrensvorschriften » de la Gesetz zur Ausführung der EU-Verordnung zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, lorsque le Parquet européen est compétent en vertu des articles 22 et 23 du règlement (UE) 2017/1939 et qu'il a pris en charge les poursuites conformément à l'article 25 de ce règlement, les règles de la procédure pénale, notamment le code de procédure pénale, la loi sur l'organisation judiciaire, la loi sur la justice des mineurs et le code fiscal, s'appliquent, sauf dispositions contraires du règlement (UE) 2017/1939, dans sa version en vigueur, ou de la présente loi.

²⁷⁷⁴ Voir D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages. Voir en particulier Partie B II. 1. a) bb) ccc).

²⁷⁷⁵ Par exemple concernant la saisie, selon l'article 98 alinéa 2 p. 2 StPO.

²⁷⁷⁶ Voir D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages. Voir en particulier Partie B II. 1. a) bb) ccc).

Les actes d'enquête du Parquet européen sont des décisions et actes d'un organe de l'Union européenne qui auront des effets dans toute l'Union. On aurait donc pu confier le contrôle juridictionnel européen à la Cour de justice de l'Union européenne²⁷⁷⁷ ou bien élaborer un contrôle juridictionnel européen décentralisé²⁷⁷⁸. Concernant la CJUE, un moyen pour atteindre cet objectif aurait été l'utilisation du recours en annulation en vertu de l'article 263 du TFUE. Ce contrôle juridictionnel aurait été d'autant plus intéressant et symboliquement fort en raison de l'approche actuelle de la Cour de Justice face au droit à un recours effectif garanti par la CDFUE dans le cadre des activités de l'OLAF. En comparaison, elle n'a jusqu'à présent accordé qu'une place très limitée au contrôle effectif des actes de l'OLAF, traduite par l'échec des recours en annulation des actes de l'OLAF qui sont régulièrement déclarés irrecevables²⁷⁷⁹. Une nouvelle approche plus protectrice aurait pu être initiée puisque les actes d'enquête du Parquet ont pour effet d'apporter un changement dans la position juridique des personnes concernées et que ces actes peuvent conduire à une poursuite du Parquet, avec une dimension européenne tout au long de la procédure.

Le caractère excessif de l'appui sur le droit national est encore plus marqué dans le cadre des enquêtes transfrontières.

²⁷⁷⁷ MITSILEGAS, « Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Co-ordination and Centralisation », in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, pages 83 à 123.

²⁷⁷⁸ H. CHRISTODOULOU, *Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses volume n°201, 2021, 518 pages.

²⁷⁷⁹ MITSILEGAS, « Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Co-ordination and Centralisation », in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, pages 83 à 123. L'auteur développe cet argument notamment au regard de l'affaire *Tillack c Belgique*, Requête n° 20477/05, 27 novembre 2007 (version finale 27.2.2008).

b) Un régime juridique inadapté aux enquêtes transfrontières

Un organe de l'Union européenne doit très logiquement envisager le caractère transfrontalier de ses actions. La prise en compte de la dimension transnationale de ses activités et sa facilitation représentent la plus-value des instruments et organes de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice. Il devrait en être de même concernant le Parquet européen. La création d'une autorité capable d'agir de manière globale et transnationale constitue une étape importante de la lutte contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE. La conduite d'investigations par le Parquet européen devrait donc comprendre des mécanismes collaboratifs spécifiques lorsqu'il s'agit d'enquêtes transfrontières. Le Parquet devrait ainsi surmonter les difficultés rencontrées dans le cadre de la coopération judiciaire pénale entre Etats concernant l'obtention et la reconnaissance des éléments de preuves en vue d'un procès²⁷⁸⁰. Tel n'est malheureusement pas le cas.

Les pouvoirs d'enquête du Parquet européen lors d'une enquête transfrontière restent en principe les mêmes que dans le cadre d'une enquête nationale. Des mesures d'enquête proprement transfrontalières et spécifiques au Parquet européen n'existent pas. Le régime procédural alors applicable aux mesures d'enquête n'a pas été suffisamment adapté et se limite pour l'essentiel à chercher à coordonner l'application des différents droits nationaux²⁷⁸¹. La prise en compte dans les pouvoirs d'enquête du Parquet de l'élément national lié à la nature double du PED n'est pourtant plus autant justifiée. L'efficacité des pouvoirs du PED devraient alors *a priori* être limitée.

En conséquence, la protection des droits fondamentaux dépendra aussi toujours encore d'une garantie principalement nationale alors que la dimension européenne est plus forte. Les garanties nationales ne sont pas les plus effectives dans un cadre transnational en raison de la mobilité des criminels mais aussi des témoins, des preuves, et des informations dans l'ELSJ. Le problème n'est pas tant que des garanties soient absentes en droit national mais plutôt que le Parquet européen doive jongler avec 22

²⁷⁸⁰ J. THOMAS, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein Ausblick », *KriPoZ* ; 6(2021), 2, 2021, pages 106 à 114.

²⁷⁸¹ Ce qui rappelle largement le mode de fonctionnement de la DEE : voir à ce sujet F. ZIMMERMANN, « Die Europäische Ermittlungsanordnung: Schreckgespenst oder Zukunftsmodell für grenzüberschreitende Strafverfahren? », *ZStW* 127(1), 2015, pages 143 à 175.

systèmes juridiques différents²⁷⁸². La latitude du Parquet en la matière peut conduire à un éventuel *forum shopping*, interférant arbitrairement avec les droits fondamentaux des individus dans la procédure pénale²⁷⁸³. La protection des droits fondamentaux par le droit de l'Union européenne sert de filet de sauvetage appréciable mais insuffisant.

Dans le cadre des affaires trans-frontières, les PED agissent en étroite coopération, en se prêtant mutuellement assistance et en se consultant régulièrement. La proposition de la Commission européenne de 2013 prévoyait qu'aux fins des enquêtes et poursuites menées par le Parquet européen, les territoires des États membres de l'Union soient considérés comme un espace juridique unique dans lequel le Parquet européen peut exercer ses compétences²⁷⁸⁴. Le règlement maintient au contraire strictement les frontières territoriales et juridiques des États membres. En conséquence, lorsqu'une mesure doit être prise dans un État membre autre que celui du PED chargé de l'affaire, ce dernier se prononce sur l'adoption de la mesure nécessaire mais délègue celle-ci à un autre PED de l'État membre dans lequel la mesure doit être exécutée²⁷⁸⁵. Le procureur européen délégué n'agit pas au-delà de son propre État membre en raison du caractère essentiellement national de ses pouvoirs d'enquête. Cela conduit à la nécessaire création d'un niveau opérationnel supplémentaire dans le cadre d'une enquête transfrontière : le « procureur européen délégué assistant »²⁷⁸⁶. Le PED exécuté la mesure déléguée ou charge l'autorité compétente de son État membre d'origine de le faire²⁷⁸⁷. En raison de l'inexistence de forces de police européennes aux fins d'investigation criminelle, le PED

²⁷⁸² M. LUCHTMAN, J. OUWERKERK, M. VAN NOORLOOS, P. GEELHOED, J. RIJPMAN and L. MIDDELKOOP, « Fundamental Rights and the European Public Prosecutor's Office: an uncomfortable silence », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/04/fundamental-rights-and-european-public.html>, 2015, dernière consultation décembre 2019.

²⁷⁸³ M. LUCHTMAN, J. OUWERKERK, M. VAN NOORLOOS, P. GEELHOED, J. RIJPMAN and L. MIDDELKOOP, « Fundamental Rights and the European Public Prosecutor's Office: an uncomfortable silence », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/04/fundamental-rights-and-european-public.html>, 2015, dernière consultation décembre 2019.

²⁷⁸⁴ Article 25(1) de la proposition de règlement de 2013 de la Commission européenne.

²⁷⁸⁵ Article 31(1) du règlement relatif au Parquet européen, détail à l'article 53 du règlement intérieur du Parquet européen.

²⁷⁸⁶ V. MITSILEGAS, « Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Co-ordination and Centralisation » , in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, pages 83 à 123.

²⁷⁸⁷ Article 31(4) du règlement relatif au Parquet européen.

s'appuie, par l'intermédiaire du PED A, sur des forces de police nationales parfois territorialement très éloignées.

De la même façon que dans les enquêtes non-transfrontières, Le PED et le PED A disposent donc des mêmes mesures « toujours disponibles »²⁷⁸⁸ ou du « principe d'équivalence des pouvoirs »²⁷⁸⁹ mais selon des conditions et limitations variables. Le PED chargé de l'affaire peut déléguer toutes les mesures auxquelles il peut avoir recours, c'est-à-dire les mesures devant toujours être disponibles²⁷⁹⁰ mais aussi les mesures correspondant à celles qu'il peut prendre en tant que procureur national dans une procédure nationale similaire²⁷⁹¹. Il convient alors d'articuler l'application de différents droits nationaux procéduraux²⁷⁹². La justification et l'adoption de ces mesures déléguées sont régies par le droit de l'État membre du PED chargé de l'affaire²⁷⁹³ tandis que leur mise en œuvre se fait conformément au présent règlement et au droit de l'État membre du PED A²⁷⁹⁴. On distingue donc le droit applicable à la prise de décision et celui applicable à l'exécution de celle-ci. L'admissibilité d'une preuve recueillie dans un autre État membre peut alors être rendue plus ardue faute de réel régime européen d'admissibilité des preuves²⁷⁹⁵. Afin de pallier ce manque, le règlement prévoit que les formalités et procédures expressément indiquées par le PED chargé de l'affaire sont respectées à moins qu'elles ne soient contraires aux principes fondamentaux du droit de l'État membre du PED A²⁷⁹⁶. L'exécution d'une mesure soumise aux conditions de deux droits nationaux différents peut être complexe et se rapproche de ce point de vue de l'instrument déjà existant de la DEE. Reste cependant à voir quels seront les principes

²⁷⁸⁸ Article 30(1) lu en combinaison avec l'article 31(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁸⁹ Article 30(4) lu en combinaison avec l'article 31(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁹⁰ Lorsque le seuil de gravité exigé est atteint.

²⁷⁹¹ Article 31(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁹² Articles 31 et 32 du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁹³ Article 31(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁹⁴ Article 32 du règlement relatif au Parquet européen.

²⁷⁹⁵ Article 37 du règlement relatif au Parquet européen. La seule condition posée à l'alinéa un se limite à disposer que « *Les éléments de preuve présentés à une juridiction par les procureurs du Parquet européen ou par la partie défenderesse ne peuvent être déclarés inadmissibles au seul motif qu'ils ont été recueillis dans un autre État membre ou conformément au droit d'un autre État membre* ».

²⁷⁹⁶ Article 32 du règlement relatif au Parquet européen.

invoqués et dans quelles circonstances. L'Allemagne rattache par exemple de nombreux éléments au respect de la dignité humaine comme le principe de culpabilité.

Au regard des droits procéduraux nationaux applicables, les principales garanties proviennent également des systèmes nationaux faute de « territorialité européenne »²⁷⁹⁷. Il existe néanmoins une clause de sauvegarde européenne posée dans le règlement²⁷⁹⁸. Tout suspect ou personne poursuivie jouit ainsi, au minimum, des droits procéduraux prévus dans le droit de l'Union, y compris et surtout dans les directives concernant les droits des suspects et personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales²⁷⁹⁹. Certains droits concernent la phase préalable au procès tel que le droit à l'interprétation et à la traduction, le droit à l'information et à l'accès aux pièces du dossier, le droit d'accès à un avocat et le droit de communiquer avec des tiers et d'informer des tiers en cas de détention, le droit de garder le silence et le droit d'être présumé innocent, etc. La Commission européenne subordonnait ces garanties à leur seule reconnaissance en droit national, tel n'est heureusement plus le cas même si les directives 2010/64/UE, 2012/13/UE, 2013/48/UE, 2016/343/UE et 2016/1919/UE s'appliquent « *telles qu'elles ont été mises en œuvre en droit interne* »²⁸⁰⁰. Il existe donc un minimum de garanties européennes communes dans le cadre des enquêtes transfrontières²⁸⁰¹ malgré la marge de transposition des Etats membres. Alors que la phase d'investigation et la phase de procès ne se situent pas forcément dans le même Etat membre, ces garanties européennes sont favorables à une protection un minimum équivalente des droits fondamentaux dans ce contexte²⁸⁰². Ce minimum est néanmoins décevant au regard du caractère supranational du Parquet et de l'affirmation d'un stade d'intégration avancée.

²⁷⁹⁷ Voir notamment article 31 du règlement relatif au Parquet européen.

T. RAFARACI, « Brief Notes on the European Public Prosecutor's Office : Ideas, Project and Fulfilment », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 157 à 163.

²⁷⁹⁸ Article 41(3) du règlement relatif au Parquet européen : « *Sans préjudice des droits visés au présent chapitre, les suspects et les personnes poursuivies ainsi que les autres personnes concernées par les procédures du Parquet européen jouissent de tous les droits procéduraux que le droit interne applicable leur accorde (...)* ».

²⁷⁹⁹ Article 41(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁰⁰ Article 41(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁰¹ E.P. REALE « Defense Areas and Limits in the Investigations of the European Public Prosecutor », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 205 à 214.

²⁸⁰² E.P. REALE « Defense Areas and Limits in the Investigations of the European Public Prosecutor », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 205 à 214.

La protection des droits fondamentaux est au mieux binationale en raison de l'articulation d'au moins deux droits nationaux. Cette protection pourra varier selon qu'il s'agit de la phase de décision ou d'exécution et selon les deux Etats membres concernés. La protection efficace des droits fondamentaux pourrait s'avérer complexe raison de ce croisement des sources de protection nationales.

En particulier, l'autorisation judiciaire reste une garantie nationale des droits fondamentaux. Le cas où une mesure requiert une autorisation judiciaire nationale fait néanmoins l'objet d'une attention particulière du règlement dans le cas des enquêtes transfrontières. Il convient de préciser clairement dans quel État membre l'autorisation devra être obtenue afin d'allier protection et efficacité. En tout état de cause, il ne devrait y avoir qu'une seule autorisation²⁸⁰³.

Si la mesure requiert une autorisation judiciaire en vertu du droit de l'État membre du PEDA, ce dernier se charge de l'obtention de cette autorisation conformément au droit de cet État membre²⁸⁰⁴. Lorsque le droit de l'État membre du PEDA n'exige pas une telle autorisation judiciaire, mais que celle-ci est requise par le droit de l'État membre du PED chargé de l'affaire, l'autorisation est obtenue par le PED et présentée en même temps que la délégation²⁸⁰⁵. L'Etat membre du PED ne devrait exiger une autorisation judiciaire qu'à défaut d'autorisation judiciaire exigée dans l'Etat membre du PEDA. On peut aussi imaginer qu'il n'y ait aucune autorisation judiciaire nécessaire, ni dans l'Etat membre du PEDA ni dans celui du PED. La garantie est alors neutralisée par la combinaison des droits nationaux sans que le règlement y pallie de façon autonome. Les régimes procéduraux peuvent donc tout de même varier d'un Etat membre à un autre et ceux-ci s'articulent selon différentes combinaisons. Il se peut aussi qu'il n'y ait pas le même régime procédural applicable, selon les cas, dans un même Etat membre d'assistance. Si une exigence d'autorisation judiciaire existe dans l'Etat membre du PEDA et du PED, la priorité semble donc être donnée au premier Etat membre²⁸⁰⁶. Le maintien de la nécessité d'obtenir une autorisation judiciaire dénote un manque de confiance entre les systèmes pénaux des Etats membres, de celui du PEDA envers celui du PED commanditaire, plutôt qu'envers le Parquet européen lui-même. L'efficacité du Parquet européen en pâtit

²⁸⁰³ Considérant (72) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁰⁴ Article 31(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁰⁵ Article 31(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁰⁶ Article 31(3), troisième phrase, du règlement relatif au Parquet européen lu *a contrario*.

pourtant de la même façon. En effet, si l'autorisation judiciaire relative à la mesure déléguée est refusée, le PED chargé de l'affaire retire la délégation²⁸⁰⁷.

Du côté allemand, lorsque les dispositions du StPO prévoient une ordonnance ou une confirmation judiciaire et que la mesure d'enquête concernée devrait être exécutée dans un autre État membre, une telle ordonnance ou confirmation judiciaire ne doit être obtenue auprès d'une juridiction allemande que si le droit de l'autre État membre n'exige pas une telle ordonnance ou confirmation judiciaire²⁸⁰⁸. Cette solution est conforme aux prescriptions du règlement. Le PED allemand ne demande une autorisation que si celle-ci n'est pas exigée dans l'État membre du PEDA. Par contre, si le PED allemand agit en tant qu'assistant, il devra à chaque fois obtenir l'autorisation de sa juridiction, même lorsque le PED d'un autre État membre l'aura déjà obtenue dans son propre État membre²⁸⁰⁹. Il existe donc tout de même un risque de double autorisation si l'autre État ne respecte pas la priorisation des autorisations judiciaires évoquée. En France, lorsque la mesure est déléguée par un PED d'un autre État membre au PEDA français et qu'elle requiert une autorisation judiciaire en droit français, ce dernier doit aussi obtenir une autorisation judiciaire²⁸¹⁰. Il n'a pas été possible de trouver une disposition spéciale concernant le régime d'autorisation judiciaire lorsque le PED français demande au PEDA de prendre une mesure déléguée. Le règlement devrait alors directement s'appliquer, ce qui éviterait une double autorisation judiciaire.

Lors de l'exécution de la mesure, le PEDA a un rôle de contrôle²⁸¹¹ mais, contrairement à la DEE ou au MAE, il n'est pas prévu qu'il prenne une décision de reconnaissance. En cas de difficulté, il ne dispose que d'une possibilité d'information du procureur européen chargé de la surveillance et consulte le PED²⁸¹² afin de régler la

²⁸⁰⁷ Article 31(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁰⁸ Article 3(2) des Europäische-Staatsanwaltschaft-Gesetz.

²⁸⁰⁹ H.-H. HERNFELD, « Implementation of the EPPO Regulation: A Perspective from Germany », Chapitre 8, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 149 à 161.

²⁸¹⁰ Étude d'impact du Projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée; NOR : JUSX1933222L/Bleue-1; le 29 janvier 2020; consultable sur : <https://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl19-283-ei/pjl19-283-ei.html>.

²⁸¹¹ Article 53(2) du Règlement intérieur du Parquet européen: obligation de donner tous les éléments nécessaires pour permettre au procureur européen délégué assistant d'exécuter la mesure et fixation du délai d'exécution.

²⁸¹² Article 31(5) du règlement relatif au Parquet européen.

question de façon bilatérale²⁸¹³. Il peut s'agir d'une délégation incomplète ou comportant une erreur manifeste significative²⁸¹⁴. La difficulté peut également résulter du fait que la mesure ne peut pas être prise dans le délai fixé dans la délégation pour des raisons objectives et justifiées²⁸¹⁵. Ces difficultés devraient dans une large mesure être surmontées par le transfert d'informations supplémentaires et l'extension de délais. D'autre part, le PEDA informe et consulte s'il estime qu'une autre mesure moins intrusive permettrait d'atteindre les mêmes résultats que la mesure déléguée²⁸¹⁶, que la mesure déléguée n'existe pas ou qu'il ne pourrait y avoir recours dans le cadre d'une procédure nationale similaire en vertu de son droit propre²⁸¹⁷. Ces éléments rappellent le dispositif prévu dans le cadre de la DEE. Il est d'autant plus étonnant qu'aucun motif de consultation propre aux droits fondamentaux ne soit prévu.

Le PED ne peut pas imposer de mesure d'enquête au PEDA en toutes circonstances, son pouvoir décisionnel est contrôlé par le PEDA sans que celui-ci puisse imposer sa propre solution. La possibilité d'envisager une mesure alternative, moins intrusive, peut difficilement être écartée puisqu'elle est favorable au principe de proportionnalité mais ne contrevient pas à l'efficacité de l'enquête. On recherche la mesure la plus consensuelle possible. Le motif de consultation basé sur le droit national de l'Etat membre du PEDA (mesure non existante ou absence de procédure nationale équivalente qui l'autoriserait) vise à préserver la souveraineté de l'Etat membre lors de l'application de son droit pénal procédural. Ce motif semble ne pas pouvoir être écarté, sans que la perte d'efficacité soit compensée ou forcément justifiée par une protection plus concrète et effective des droits fondamentaux. Si la mesure déléguée n'existe pas dans une situation purement interne et que cette difficulté ne peut être écartée, une dernière issue est possible : le recours aux instruments juridiques de reconnaissance mutuelle ou de coopération transfrontière²⁸¹⁸. Les PED concernés peuvent, en accord avec les procureurs européens chargés de la surveillance de l'affaire dont ils dépendent,

²⁸¹³ Confirmation à l'art 53(3) du règlement intérieur du Parquet européen: « *Si le procureur européen délégué assistant ne peut exécuter la mesure dans le délai fixé, il en informe le procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire et consulte le procureur européen délégué chargé de l'affaire pour résoudre la question de manière bilatérale* ».

²⁸¹⁴ Article 31(5) a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸¹⁵ Article 31(5) b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸¹⁶ Article 31(5) c) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸¹⁷ Article 31(5) d) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸¹⁸ Article 31(6) du règlement relatif au Parquet européen.

recourir à ces instruments²⁸¹⁹. On retombe cependant au stade d'intégration « pré-Parquet européen ». L'utilisation exceptionnelle d'instruments de la reconnaissance mutuelle²⁸²⁰ ne suffira d'ailleurs pas toujours.

Le recours facultatif²⁸²¹ aux instruments de coopération fondés sur la reconnaissance mutuelle ou de coopération transfrontière²⁸²² doit être plus longuement étudié. Le but est de pallier l'inexistence d'une mesure déléguée dans le droit interne national du PEDA²⁸²³ en recourant cette fois à des mesures spécifiquement transfrontalières. Cela permet de garantir que, lorsqu'une mesure est nécessaire dans une enquête transfrontière mais n'existe pas en droit national interne, elle peut être utilisée conformément au droit national mettant en œuvre l'instrument concerné dans le cadre de l'enquête²⁸²⁴. Afin d'assouplir la coopération et sans violer le droit national de l'Etat membre du PEDA, on peut donc notamment envisager d'employer la DEE ou le MAE. Cette mesure de sauvegarde n'aurait pas été nécessaire si un régime juridique européen et uniforme relatif aux enquêtes transfrontières avait été adopté.

Le PED peut-il imposer l'utilisation de ces instruments au PEDA et bénéficier de l'obligation de reconnaissance mutuelle ? La disposition en elle-même n'est pas vraiment claire. Elle dispose que « *les procureurs européens délégués concernés peuvent, en accord avec les procureurs européens chargés de la surveillance de l'affaire dont ils dépendent, recourir à ces instruments* ». Le renvoi aux PED, sans préciser si l'un est le PEDA, pourrait amener à penser que les PED en général peuvent imposer leur décision d'employer de tels instruments. L'emploi du pluriel et l'accord nécessaire des procureurs européens font plutôt pencher vers la solution inverse. L'efficacité serait alors moindre que celle de la coopération judiciaire pénale « habituelle » dans le cadre de l'ELSJ en raison de cette négociation préalable. Dans tous les cas, cette solution devrait rester

²⁸¹⁹ Article 31(6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸²⁰ Des mesures typiquement transfrontières sont alors possibles mais elle ne sont pas réellement propres au Parquet européen.

²⁸²¹ L'emploi du terme « *peuvent* » dans la disposition concernée va dans ce sens.

²⁸²² Article 31(6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸²³ P. BEAUVAIS, M. BENLOLO-CARABOT, « Une avancée historique dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : la naissance du Parquet européen À propos de l'adoption du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017 relatif à la création du Parquet européen », *RTD Eur.*, 2019, pages 225 à 239.

²⁸²⁴ Considérant (73) du règlement relatif au Parquet européen.

l'exception et ne devrait pas remplacer mais compléter les règles relatives aux enquêtes transfrontières prévues par le présent règlement²⁸²⁵.

En matière de détention provisoire et de remise, le PED chargé de l'affaire pourrait délivrer des MAE dans le domaine de compétence du Parquet européen²⁸²⁶. Le PED peut en principe ordonner l'arrestation ou le placement en détention provisoire du suspect ou de la personne poursuivie, conformément au droit interne de son État membre, applicable dans le cadre de procédures nationales similaires²⁸²⁷. Cependant, lorsqu'il est nécessaire de procéder à l'arrestation et à la remise d'une personne qui ne se trouve pas dans l'État membre sur le territoire duquel est établi le PED, ce dernier délivre ou demande à l'autorité compétente de son État membre de délivrer un MAE conformément à la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil²⁸²⁸.

En France, la décision d'émettre un mandat d'arrêt sera prise par le JLD, saisi par réquisitions écrites et motivées du PED²⁸²⁹. Le PED met ensuite le mandat d'arrêt à exécution sous la forme d'un MAE conformément à l'article 695-16 du CPP²⁸³⁰. En Allemagne, le PED chargé des recherches décide de l'émission du MAE²⁸³¹ s'il a obtenu un mandat d'arrêt national²⁸³². Cette fois, la jurisprudence *OG et PI* de la CJUE ne s'y oppose pas, étant donné que le PED répond aux exigences posées en matière d'indépendance en tant qu'autorité judiciaire européenne²⁸³³.

Le règlement ne fait pas mention explicite de la directive 2014/41/UE²⁸³⁴. Néanmoins, s'agissant d'un instrument de coopération judiciaire pénale fondé sur la reconnaissance mutuelle, il est possible d'envisager son utilisation. En principe, le régime

²⁸²⁵ Considérant (73) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸²⁶ Considérant (76) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸²⁷ Article 33(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸²⁸ Article 33(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸²⁹ Article 696-124 CPP.

²⁸³⁰ Article 696-125 CPP.

²⁸³¹ Article 6(2) des Europäische-Staatsanwaltschaft-Gesetz.

²⁸³² L'article 33(1) du règlement relatif au Parquet européen en liaison avec l'article 112 du StPO.

²⁸³³ Point 74 de l'arrêt *OG et PI*.

²⁸³⁴ Peut-être est-ce en raison du fait que le projet de la Commission européenne concernant le règlement relatif au Parquet européen est antérieur à la directive relative à la DEE ?

de coopération des enquêtes transfrontières élaboré par le règlement devrait marquer la spécificité du Parquet unique et être plus souple et avantageux que le régime des DEE inter-étatiques²⁸³⁵. L'emploi de la DEE devrait représenter un intérêt moindre. Néanmoins, la directive relative à la DEE prévoit d'autres mesures « toujours disponibles » dans l'Etat d'exécution que le règlement²⁸³⁶ et met en place des règles communes qui encadrent mieux leur mise en œuvre²⁸³⁷. Le PED ne devrait pas avoir besoin de recourir à la DEE pour une mesure d'enquête non intrusive²⁸³⁸ mais pour des mesures plus contraignantes. L'obtention d'informations ou d'éléments de preuve déjà en possession de l'autorité d'exécution et qui auraient pu être obtenus dans le cadre d'une procédure pénale ou aux fins de la DEE²⁸³⁹, l'obtention d'informations contenues dans des bases de données détenues par la police ou les autorités judiciaires et auxquelles l'autorité d'exécution peut accéder directement dans le cadre d'une procédure pénale²⁸⁴⁰ sont en principe²⁸⁴¹ toujours possibles. Il en va de même concernant l'audition d'un témoin, d'un expert, d'une victime, d'un suspect, d'une personne poursuivie ou d'un tiers sur le territoire de l'Etat d'exécution²⁸⁴². La possibilité de recourir à ces mesures par l'intermédiaire de la DEE relativise en partie, dans le cadre des enquêtes transfrontières, la réduction du nombre de mesures toujours disponibles initialement prévues dans le projet de règlement de la Commission européenne. En effet, la convocation et l'interrogatoire de suspects et de témoins²⁸⁴³ et la désignation d'experts²⁸⁴⁴ ont été supprimés de la liste. Enfin, le PED pourra faire identifier les abonnés titulaires d'un numéro de téléphone ou les personnes détentrices d'une adresse IP²⁸⁴⁵.

Le renvoi à des règles contenues dans la directive DEE facilite aussi l'emploi de

²⁸³⁵ D. SIMON, « Acte de naissance du Parquet européen », *Europe n° 11, Novembre 2020, repère n°10*.

²⁸³⁶ Article 10(2) de la directive relative à la DEE.

²⁸³⁷ Chapitre IV et V de la directive relative à la DEE.

²⁸³⁸ Article 10(2) d) de la directive relative à la DEE.

²⁸³⁹ Article 10(2) a) de la directive relative à la DEE.

²⁸⁴⁰ Article 10(2) b) de la directive relative à la DEE.

²⁸⁴¹ Des motifs de non-exécution facultatif de l'article 11 de la Directive DEE peuvent par exemple dans un second temps contrarier l'exécution de la mesure décidée.

²⁸⁴² Article 10(2) c) de la directive relative à la DEE.

²⁸⁴³ Article 26(1) k) et t) proposition de règlement de la Commission européenne de 2013.

²⁸⁴⁴ Article 26(1) u) proposition de règlement de la Commission européenne de 2013.

²⁸⁴⁵ Article 10(2) e) de la directive relative à la DEE.

mesures particulières typiquement transfrontalières du Chapitre IV. Ces mesures transfrontalières connaissent alors un régime procédural d'avantage européenisé²⁸⁴⁶ que dans le cadre du règlement. Il s'agit notamment des règles relatives au transfert temporaire de personnes détenues en vue de l'exécution de mesures d'enquête²⁸⁴⁷, l'audition trans-frontalière par vidéoconférence et autre transmission audiovisuelle ou par téléconférence²⁸⁴⁸ et l'interception des télécommunications avec ou sans l'assistance technique d'un autre État membre²⁸⁴⁹. Cette dernière mesure rappelle d'ailleurs la surveillance en temps réel de télécommunications pour localiser le suspect et identifier les personnes qui ont été en contact avec lui à un moment précis dans le temps qui devait être une mesure toujours disponible dans le projet de la Commission européenne.

D'autres mesures particulières, moins typiquement transfrontalières mais intéressantes pour le Parquet, pourront également être appliquées, notamment au regard de la suppression de certaines mesures toujours disponibles du projet de la Commission européenne de 2013. Le projet prévoyait qu'il serait possible de recourir à la surveillance des transactions financières, en ordonnant à tout établissement financier ou de crédit d'informer, en temps réel, le Parquet européen de toute transaction financière effectuée via un compte déterminé détenu ou contrôlé par le suspect ou via tout autre compte dont il y a raisonnablement lieu de croire qu'il est utilisé en lien avec l'infraction²⁸⁵⁰. Une DEE pourra alors être émise en vue de déterminer si une personne physique ou morale qui fait l'objet d'une enquête du Parquet détient ou contrôle un ou plusieurs comptes dans une banque située sur le territoire de l'État d'exécution (celui du PEDA) et, si tel est le cas, d'obtenir tous les renseignements concernant les comptes identifiés²⁸⁵¹. Une DEE peut aussi être émise en vue d'obtenir les renseignements concernant des comptes bancaires déterminés et des opérations bancaires qui ont été réalisées pendant une période déterminée sur un ou plusieurs comptes spécifiés, y compris les renseignements concernant tout compte émetteur ou récepteur²⁸⁵². Des mesures d'enquête impliquant l'obtention de preuves en temps réel, de manière continue et au cours d'une période

²⁸⁴⁶ Bien que ce régime connaisse aussi des limites liées au droit national des États membres.

²⁸⁴⁷ Articles 22, 23 de la directive relative à la DEE.

²⁸⁴⁸ Articles 24, 25 de la directive relative à la DEE.

²⁸⁴⁹ Articles 30 et 31 de la directive relative à la DEE.

²⁸⁵⁰ Article 26(1) g) de la proposition de règlement de la Commission européenne de 2013.

²⁸⁵¹ Article 26 de la directive relative à la DEE.

²⁸⁵² Article 27 de la directive relative à la DEE.

déterminée sont également envisageables dans le cadre de la DEE²⁸⁵³ et peuvent concerner le suivi d'opérations bancaires ou d'autres opérations financières réalisées sur un ou plusieurs comptes spécifiques. Les enquêtes discrètes qui devaient être toujours disponibles dans le projet de 2013²⁸⁵⁴ sont aussi possibles dans le cadre de la DEE²⁸⁵⁵.

L'exécution de ce genre de mesures d'enquête reste néanmoins conditionnée à l'absence d'invocation de motifs de non-exécution généraux²⁸⁵⁶ ou spécifiques prévus dans la directive DEE. Une mesure du Chapitre IV peut notamment être régulièrement refusée si elle est contraire aux principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution²⁸⁵⁷ ou si elle n'est pas autorisée dans le cadre d'une procédure nationale similaire²⁸⁵⁸. On risque donc de retrouver, au moins en partie, les limitations que l'on cherche à contourner²⁸⁵⁹.

Si les PED n'arrivent pas à s'accorder mais que la délégation est maintenue, la question est renvoyée à la chambre permanente compétente²⁸⁶⁰. La chambre permanente les entend et décide sans retard indu²⁸⁶¹, « conformément au droit national applicable et au règlement », si et à quel moment au plus tard la mesure déléguée nécessaire ou une mesure de remplacement est prise par le PEDA²⁸⁶². Malgré le pouvoir décisionnel contraignant de la chambre permanente, sa décision ne peut pas contrevenir aux motifs de consultation relatif au droit national du PEDA et rien n'est mentionné en cas

²⁸⁵³ Article 28 de la directive relative à la DEE.

²⁸⁵⁴ Article 26(1) j) de la proposition de règlement de la Commission européenne de 2013.

²⁸⁵⁵ Article 29 de la directive relative à la DEE.

²⁸⁵⁶ Article 11 de la directive relative à la DEE.

²⁸⁵⁷ Article 24§2b) de la directive relative à la DEE.

²⁸⁵⁸ Article 26(6) cas particulier d'un établissement non bancaire ; article 27(5) opérations financières réalisées par des établissements financiers autres que des banques; articles 28(1); 29(3) a); art 30(5) de la directive relative à la DEE.

²⁸⁵⁹ Sur les limites de la DEE, liée au droit national applicable :

P. BEAUVAIS, « De l'entraide judiciaire à l'enquête pénale européenne - À propos de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne (Directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale) », *RTD Eur.*, 2015, pages 777 à 785. Voir aussi F. ZIMMERMANN, « Die Europäische Ermittlungsanordnung: Schreckgespenst oder Zukunftsmodell für grenzüberschreitende Strafverfahren? », *ZStW* 127(1), 2015, pages 143 à 175.

²⁸⁶⁰ Article 31(7) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁶¹ Article 53(4) du règlement intérieur du Parquet européen: Si cela est jugé nécessaire, par exemple dans le cadre d'enquêtes transfrontières complexes, une réunion de coordination peut être organisée au Bureau central du Parquet européen.

²⁸⁶² Article 31(8) du règlement relatif au Parquet européen.

d'impossibilité totale, faute de mesure existante ou disponible et de mesure alternative efficace.

Une fois les preuves tant bien que mal rassemblées et l'enquête du Parquet européen terminée, celui-ci prend une décision relative à d'éventuelles poursuites.

2) L'engagement encadré des poursuites par le Parquet européen : un principe de légalité atténué

Outre le fait d'être une autorité d'enquête, le Parquet européen est également une autorité de poursuites. Le Parquet européen est compétent pour poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union²⁸⁶³. À cet égard, le Parquet exerce l'action publique jusqu'à ce que l'affaire ait été définitivement jugée²⁸⁶⁴, à savoir jusqu'à la détermination définitive de la question de savoir si le suspect ou la personne poursuivie a commis l'infraction²⁸⁶⁵.

La décision d'engager les poursuites est largement entre les mains de la chambre permanente²⁸⁶⁶ même si le procureur européen délégué dispose d'un rôle à jouer²⁸⁶⁷. La décision est hiérarchique et centralisée mais s'appuie sur la complémentarité des compétences et des connaissances des niveaux centralisé et décentralisé du Parquet européen. Lorsque le PED considère l'enquête achevée, il soumet un rapport contenant un résumé de l'affaire et un projet de décision au procureur européen chargé de la surveillance. Ce projet vise d'éventuelles poursuites devant une juridiction nationale, un possible renvoi de l'affaire, un classement sans suite ou bien une procédure simplifiée en matière de poursuites conformément aux articles 34, 39 ou 40 du règlement²⁸⁶⁸. Le procureur européen transmet ensuite les documents à la chambre permanente compétente, accompagnés, s'il l'estime nécessaire, de sa propre analyse²⁸⁶⁹. Lorsque la chambre permanente adopte la décision proposée par le PED, celui-ci agit en conséquence²⁸⁷⁰. A l'inverse, si la chambre permanente envisage de ne pas suivre la proposition du PED, elle procède à son propre examen du dossier avant de prendre une décision définitive ou de donner de nouvelles instructions au PED²⁸⁷¹.

²⁸⁶³ Article 4 du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁶⁴ Article 4 du règlement relatif au Parquet européen, détail considérant (31).

²⁸⁶⁵ Considérant (31) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁶⁶ Article 10(3) du règlement relatif au Parquet européen, conformément au considérant (78).

²⁸⁶⁷ T. RAFARACI, « Brief Notes on the European Public Prosecutor's Office : Ideas, Project and Fulfilment », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 157 à 163.

²⁸⁶⁸ Article 35(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁶⁹ Article 35(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁷⁰ Article 35(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁷¹ Article 35(2) du règlement relatif au Parquet européen.

Lors de sa clôture, l'enquête du Parquet peut aboutir à différents résultats auxquels il convient d'adapter la réponse pénale. Pour des raisons d'efficacité et de respect des droits fondamentaux, le pouvoir de décision du Parquet européen se situe entre le principe de légalité des poursuites²⁸⁷² et celui de l'opportunité. Le but est de sanctionner les infractions mais également d'apporter une réponse pénale proportionnée aux résultats de l'enquête et de viser la juste allocation des moyens de la justice. Un principe européen de légalité des poursuites assoupli devrait favoriser le jugement des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. Le choix de la réponse pénale doit être un choix suffisamment encadré mais autonome, efficace mais valide lorsque le Parquet européen décide d'exercer l'action publique devant une juridiction nationale ou opte pour d'autres alternatives.

La solution qui devrait être le plus souvent adoptée devrait être la poursuite devant les juridictions nationales. La décision de la réponse pénale appartient au Parquet européen dans le respect d'un principe de légalité des poursuites assoupli mais un meilleur encadrement européen serait mérité **(a)**. Ce n'est pas tant l'initiative des poursuites et l'exercice de l'action publique qui posent problème mais le cadre dans lequel ils interviennent.

Les alternatives aux poursuites permettent effectivement d'adapter la réponse du Parquet au résultat de l'enquête qu'il a mené. Ces alternatives sont intéressantes du point de vue de l'efficacité et de l'autonomie du Parquet européen mais leur vraie plus-value dépendra du droit national des Etats membres ou de leurs autorités nationales compétentes **(b)**. Les solutions intermédiaires visent une sanction plus rapide ou appropriée des infractions mais c'est au moins à la condition d'une acceptation initiale de ceux-ci.

²⁸⁷² Le principe de légalité des poursuites est en soi favorable au respect des droits fondamentaux et à l'efficacité des actions du Parquet européen, cela est notamment attesté au considérant (66) : « Afin de garantir la sécurité juridique et de lutter efficacement (...), les activités d'enquête et de poursuite du Parquet européen devraient être guidées par le principe de légalité, en vertu duquel le Parquet européen applique strictement les règles définies dans le présent règlement en ce qui concerne en particulier (...) le renvoi d'une affaire, le classement sans suite d'une affaire et les procédures simplifiées en matière de poursuites ».

a) La décision de poursuite : une obligation européenne dans un cadre national

Au regard des conditions d'exercice de sa compétence visant à s'assurer du bien-fondé de son action²⁸⁷³ et de ses pouvoirs d'enquête, le principe voudrait que le Parquet européen soit à même d'obtenir une condamnation en raison des éléments de preuve suffisants obtenus. Compte tenu du principe de légalité, les enquêtes menées par le Parquet européen devraient alors entraîner des poursuites devant les juridictions nationales compétentes²⁸⁷⁴.

Afin d'assurer l'efficacité, la sécurité juridique et une protection des droits fondamentaux satisfaisante, les règles posées dans le règlement devraient encadrer et préciser clairement les conditions de ces poursuites : obligation de poursuite, détermination de l'Etat membre où auront lieu les poursuites, possibilité de recours, admissibilité de la preuve, droits de la défense. Si l'obligation de poursuite posée semble satisfaisante, la définition du reste du cadre prête à discussion.

Lorsque le procureur européen délégué soumet un projet de décision proposant de porter une affaire en jugement, la chambre permanente se prononce sur ce projet²⁸⁷⁵ dans un délai de vingt et un jours²⁸⁷⁶. Si la chambre permanente ne se prononce pas, la décision proposée par le procureur européen délégué est réputée acceptée à l'issue de ce délai²⁸⁷⁷. Par exception à la règle énoncée plus haut relative au pouvoir décisionnel de la chambre permanente concernant la réponse pénale²⁸⁷⁸, la chambre permanente ne peut pas décider de classer une affaire sans suite si le projet de décision du procureur européen délégué propose de porter ladite affaire en jugement²⁸⁷⁹. En effet, le règlement comporte une liste exhaustive des motifs conduisant au classement sans suite d'une affaire²⁸⁸⁰ et réduit la marge d'appréciation de la chambre permanente à ce sujet.

²⁸⁷³ Considérant (66) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁷⁴ Considérant (81) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁷⁵ Conformément à l'article 35 du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁷⁶ Article 36(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁷⁷ Article 36(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁷⁸ Article 35(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁷⁹ Article 36(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁸⁰ Considérant (81) du règlement relatif au Parquet européen, sur laquelle nous reviendrons *infra*.

Le consentement par défaut, la limitation du refus de la chambre permanente et les délais posés encadrent la procédure de déclenchement des poursuites et vont dans le sens de l'efficacité de l'action du Parquet européen. Cette solution est conforme au principe de légalité des poursuites. Les enquêtes menées par le Parquet européen devraient en règle générale entraîner des poursuites devant les juridictions nationales compétentes s'il existe des éléments de preuve suffisants, à moins qu'un motif juridique n'éteigne l'action publique ou qu'une procédure simplifiée en matière de poursuites n'ait déjà été appliquée²⁸⁸¹. Ces dispositions sont aussi favorables à la prise en compte de la position du PED, plus proche du terrain et familier des exigences probatoires des juridictions nationales. Cette prise en compte renforcée de l'opinion du PED ne vaut cependant que lorsqu'elle vise à porter une affaire devant une juridiction. *A contrario*, la chambre permanente n'est pas tenue de suivre le projet de classement de l'affaire du PED. La décision de poursuites illustre alors le système de contrôle hiérarchique interne²⁸⁸².

Le règlement pose donc une forme d'obligation²⁸⁸³ objectivée de poursuite au Parquet européen. Il exerce alors l'action publique, laquelle comprend l'adoption de décisions relatives à la mise en accusation d'un suspect ou d'une personne poursuivie ainsi que le choix de l'État membre dont les juridictions seront compétentes pour entendre les poursuites²⁸⁸⁴. Cela vaut du moins en première instance. À la suite d'une décision judiciaire rendue en première instance, le Parquet européen doit ensuite déterminer s'il forme un recours.

En tant qu'autorité de poursuite et à l'image du parquet national, le Parquet européen dispose du droit de former un recours contre les décisions juridictionnelles concernant l'affaire sur laquelle il a enquêté et au regard de laquelle une condamnation a été écartée. Le PED soumet alors à la chambre permanente compétente un rapport comportant un projet de décision et attend ses instructions²⁸⁸⁵. La décision de la chambre permanente n'est *a priori* plus limitée par l'opinion du PED. La chambre permanente dispose d'une marge d'appréciation plus importante et l'appel est facultatif.

²⁸⁸¹ Considérant (81) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁸² D. SIMON, « Acte de naissance du Parquet européen », *Europe* n° 11, Novembre 2020, repère n°10.

²⁸⁸³ Conformément au considérant (78) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁸⁴ Conformément au considérant (78) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁸⁵ Article 13(1) combiné à l'article 36(7) du règlement relatif au Parquet européen.

Il n'y a plus d'obligation de persévérer dans les poursuites. Il ne s'agit plus de poursuites puisqu'une décision a été adoptée sur le fond par l'instance de jugement, on se rapproche davantage d'une décision fondée sur l'opportunité. S'il devait se révéler impossible d'attendre lesdites instructions en raison des délais fixés par le droit national, le procureur européen délégué est habilité à former un recours sans instructions préalables de la chambre permanente, et soumet ensuite sans tarder le rapport à celle-ci. La chambre permanente enjoint alors le procureur européen délégué de maintenir le recours ou de le retirer. La même procédure s'applique lorsque, au cours de la procédure judiciaire et conformément au droit national applicable, le procureur européen délégué chargé de l'affaire prend une position conduisant au classement sans suite de l'affaire²⁸⁸⁶.

Une fois décidé de porter l'affaire devant une juridiction nationale, le Parquet doit encore déterminer laquelle sera effectivement compétente pour la juger. Puisque les juridictions nationales sont les juridictions pénales compétentes²⁸⁸⁷, plusieurs forums sont potentiellement envisageables. La chambre permanente compétente doit choisir l'État membre dont les juridictions seront compétentes pour connaître les poursuites en fonction d'une série de critères fixés dans le présent règlement qu'elle confronte aux éléments contenus dans le rapport et au projet de décision du PED, et le cas échéant, à l'analyse du procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire²⁸⁸⁸. Le rapport du PED chargé de l'enquête doit ainsi fournir des motifs suffisants afin de porter l'affaire en jugement soit devant une juridiction de l'État membre dans lequel il est établi, soit devant une juridiction d'un autre État membre qui est compétente pour connaître de l'affaire²⁸⁸⁹. Une fois l'État membre identifié, la juridiction nationale individuellement compétente dans cet État membre sera déterminée sur la base du droit national²⁸⁹⁰.

Lorsqu'une affaire relève potentiellement de la compétence de plus d'un État membre, la chambre permanente décide en principe d'exercer les poursuites dans l'État membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire²⁸⁹¹. On augmente ainsi les chances que le droit national applicable aux mesures d'enquêtes (au moins sa décision,

²⁸⁸⁶ Article 36(7) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁸⁷ Article 42(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁸⁸ Considérant (79) du règlement relatif au Parquet européen, voir *infra*.

²⁸⁸⁹ Article 35(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁹⁰ Article 36(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁹¹ Article 36(3) du règlement relatif au Parquet européen.

peut-être son exécution)²⁸⁹² soit le même que celui applicable lors du procès, ce qui simplifie la transition et l'admissibilité de la preuve. L'identification de la juridiction nationale compétente est donc en principe dépendante de la phase d'investigation et du lieu duquel l'enquête est menée. Tel que précédemment observé, celui-ci peut déjà varier au regard des critères posés à l'article 26(4)(5) du règlement²⁸⁹³. Il existe alors une forme d'incertitude dès la phase d'enquête par rapport au droit au juge naturel. Elle n'est cependant en principe qu'initiale sauf hypothèse de relocalisation, jonction ou disjonction du dossier où l'incertitude est alors prolongée.

La chambre permanente peut aussi par exception, compte tenu du rapport du PED, décider d'exercer les poursuites dans un autre État membre que celui où l'enquête a siégé et enjoindre le PED de cet État membre d'agir en conséquence²⁸⁹⁴. Ce déplacement complexifie potentiellement la transition de l'enquête à la poursuite ainsi que l'admissibilité des preuves. En effet, le droit procédural et substantiel applicable change avec le choix d'un Etat membre différent concernant la juridiction compétente. La décision de la chambre permanente doit alors être motivée par des motifs suffisamment justifiés, en tenant compte des critères énoncés aux articles 26(4)(5)²⁸⁹⁵ ou 36(4). Le choix de la juridiction nationale devant laquelle poursuivre est ainsi en principe encadré dans le but d'éviter le forum shopping malgré la possible adaptabilité.

Les critères de détermination de cet autre État membre de poursuites sont par ordre de priorité: le lieu de résidence habituelle du suspect ou de la personne poursuivie²⁸⁹⁶; la nationalité du suspect ou de la personne poursuivie²⁸⁹⁷; le lieu où le principal préjudice financier a eu lieu²⁸⁹⁸. Le choix du forum compétent dépend ainsi de critères liés aux compétences personnelles et territoriales des Etats membres. La juridiction doit être déterminée selon ces critères successifs et dans l'intérêt général de la justice²⁸⁹⁹. L'intérêt de la justice ne s'accorde pourtant pas toujours avec la priorisation de

²⁸⁹² Selon qu'il s'agisse d'une enquête transfrontière ou non.

²⁸⁹³ Voir *supra*.

²⁸⁹⁴ Article 36(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁹⁵ Article 36(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁹⁶ Article 26(4) a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁹⁷ Article 26(4) b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁹⁸ Article 26(4) c) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁸⁹⁹ Article 26(5) du règlement relatif au Parquet européen.

ces critères, à l'instar des critères de détermination du PED compétent et du lieu de déroulement de l'enquête. Cela veut aussi dire qu'il peut y avoir une double-exception, concernant la localisation de principe de l'enquête et de la juridiction nationale normalement compétente. La chambre permanente dispose donc une marge de manœuvre supplémentaire bien qu'encadrée dans sa décision d'engager des poursuites: celui du lieu des poursuites. Au regard des critères choisis, la possibilité de *forum shopping*, où le PED engage des poursuites là où il voit les meilleures chances de condamnation, reste alors un danger qui demeure bien qu'il soit réduit²⁹⁰⁰. La flexibilité de la règle pourrait contrarier les exigences relatives à la garantie du juge statutaire, le droit au « juge légal » cher au système juridique allemand²⁹⁰¹.

Le changement d'Etat membre destiné à accueillir le procès peut aussi découler de la jonction tardive de plusieurs affaires lorsque des enquêtes ont été menées par différents PED à l'encontre de la même ou des mêmes personnes dans le but d'exercer les poursuites devant les juridictions d'un seul Etat membre qui a compétence dans chacune de ces affaires²⁹⁰². La disjonction d'affaires n'est par contre pas mentionnée. La disposition ne fait pas référence à d'autres critères spécifiques hormis celui de la compétence dans toutes les affaires. Cette possibilité de joindre les affaires devrait être favorable au principe *ne bis in idem* et aux droits fondamentaux. Malgré la connaissance tardive du lieu de poursuites, afin de préserver au mieux les droits de la défense, un suspect ou une personne poursuivie ne devrait ainsi faire l'objet que d'une seule poursuite par le Parquet européen²⁹⁰³.

Les dispositions de l'article 41 relatives à la « portée des droits conférés aux suspects et aux personnes poursuivies » sont influencées par ces dispositions. Les termes vagues et peu clairs employés empêchent la prévisibilité et la sécurité juridique que l'on aurait pu attendre et contrarient la notion de tribunal « préalablement établi par la loi ». Lors d'un changement de forum, il est encore plus compliqué pour le défenseur et son avocat de préparer une stratégie adéquate. L'exercice des droits de la défense se verra confronté à deux droits nationaux différents avec des conditions et limitations nationales différentes entre le moment de l'enquête et celui du procès. En outre, l'accusé

²⁹⁰⁰ D. MAGNUS, « Europäische Staatsanwaltschaft - Vorzüge und Schwächen des aktuellen EU-Verordnungsvorschlags », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 06/2015, 2015, pages 181 à 186.

²⁹⁰¹ Article 101(1)(2) de la Loi fondamentale allemande. Ce droit est également protégé à l'article 6 de la CEDH.

²⁹⁰² Article 36(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁰³ Considérant (67) du règlement relatif au Parquet européen.

n'est donc pas être informé du lieu où des accusations peuvent être portées avant la conclusion de l'enquête et l'avocat de la personne accusée devra s'adapter aux règles d'un autre système juridique. La défense effective de l'accusé engendre dans ce contexte des coûts supplémentaires et pose la question de la mobilité des avocats si la personne visée doit se défendre dans différents Etats membres sur la base de règles procédurales différentes. Deux associations d'avocats allemandes, le Conseil des barreaux de l'Union européenne (CCBE) et l'Association des barreaux européens pénaux (ECBA)²⁹⁰⁴, ont souligné l'absence de système uniforme d'aide juridique et de défense commise d'office. En termes d'égalité des armes, un système de défense commise d'office serait parfaitement logique mais les avocats nationaux pourraient-ils assumer ce rôle ? Devrait-on envisager une nouvelle création institutionnelle comme un « Eurodefenseur » proposé par une partie de la doctrine²⁹⁰⁵? A l'heure actuelle, il est uniquement possible de chercher à établir des contacts entre les avocats de la défense dans les différents Etats membres. L'aléa créé par le changement du forum compétent contrarie donc le droit au juge légal et l'exercice des droits de la défense.

Le choix de l'Etat membre dans lequel exercer l'action publique est-il susceptible de recours? Les actes de procédure du Parquet européen qui sont destinés à produire des effets juridiques à l'égard de tiers sont soumis au contrôle des juridictions nationales compétentes conformément aux exigences prévues par le droit national²⁹⁰⁶. Le préambule du règlement dispose clairement que « *Les actes de procédure concernant le choix de l'Etat membre dont les juridictions seront compétentes pour entendre les poursuites (...) sont destinés à produire des effets juridiques à l'égard de tiers et devraient dès lors être soumis au contrôle juridictionnel des juridictions nationales au plus tard au stade du procès* »²⁹⁰⁷. Le contrôle judiciaire européen est à nouveau écarté au profit des juridictions nationales, sans considération relative à l'eupéanisation du principe de légalité et alors même que les critères retenues dans le règlement correspondent en

²⁹⁰⁴ D. MAGNUS, « Europäische Staatsanwaltschaft - Vorzüge und Schwächen des aktuellen EU-Verordnungsvorschlags », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 06/2015, 2015, pages 181 à 186.

²⁹⁰⁵ D. MAGNUS, « Europäische Staatsanwaltschaft - Vorzüge und Schwächen des aktuellen EU-Verordnungsvorschlags », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 06/2015, 2015, pages 181 à 186.

²⁹⁰⁶ Article 42(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁰⁷ Considérant (87) du règlement relatif au Parquet européen.

principe à une règle européenne autonome²⁹⁰⁸. Le fait que le pouvoir décisionnel appartienne à la chambre permanente, membre du niveau centralisé, plutôt qu'au PED, ne joue pas non plus. Le contrôle de la décision de la chambre permanente concernant le forum par des juridictions nationales et non la CJUE rend d'ailleurs ces juridictions « juges et parties ».

Les Etats membres, conformément à leur obligation de prévoir des voies de recours effectives telle que prévue à l'article 19(1) deuxième alinéa, du TUE²⁹⁰⁹, sont tenus à un principe d'équivalence des voies de recours et d'effectivité. Des règles de procédure nationales variables régissent donc les recours relatifs à la protection des droits individuels octroyés par le droit de l'Union²⁹¹⁰. Il semble qu'en matière de choix du for, il devrait à chaque fois exister une possibilité de recours dans tout Etat membre, que son équivalent dans une procédure nationale existe ou non. Cela semble en vérité logique: le choix du for découle justement du caractère européen du Parquet européen et de son enquête. Par nature, un recours réellement similaire dans le cadre d'une procédure nationale n'existe donc pas. Cette possibilité de recours peut néanmoins être tardive et n'intervenir qu'au stade du procès²⁹¹¹. Une juridiction, juge et partie sur cette question, doit donc juger de sa propre compétence. Un changement de for à ce stade tardif serait assez coûteux et il n'est pas certain que la juridiction soit encline à revenir sur sa compétence. Si tel est tout de même le cas, le procès est donc retardé et conduit à une moindre efficacité. Un recours juridictionnel européen aurait eu l'avantage d'uniformiser la protection et de permettre une décision relative au for compétent plus objective et précoce.

Outre la discussion sur le critère retenu afin de déterminer l'Etat membre de poursuite, un motif lié au respect des droits fondamentaux et de l'Etat de droit pourrait être soulevé. En effet, « *(l)e présent règlement impose au Parquet européen de respecter, en particulier, le droit d'accéder à un tribunal impartial, les droits de la défense et la présomption d'innocence, tels qu'ils sont consacrés aux articles 47 et 48 de la charte. Ce dernier devrait dès lors exercer ses activités dans le respect absolu de ces droits, et le présent règlement devrait être appliqué et interprété en conséquence* ». L'article 41(1) du

²⁹⁰⁸ T. RAFARACI, « Brief Notes on the European Public Prosecutor's Office : Ideas, Project and Fulfilment », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 157 à 163.

²⁹⁰⁹ Considérant (88) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹¹⁰ Considérant (88) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹¹¹ Considérant (88) du règlement relatif au Parquet européen.

règlement confirme que les activités du Parquet européen sont exercées dans « *le respect total des droits des suspects et personnes poursuivies qui sont consacrés par la charte, notamment le droit à un procès équitable et les droits de la défense* ».

De ce point de vue, le choix de la juridiction devant laquelle sera portée l'affaire revêt potentiellement une importance fondamentale. Il conviendra de voir quel sera le degré d'exigence *nationale* face au respect de ces prescriptions européennes. En cas de doute, une question préjudicielle à la Cour de justice devrait être posée afin d'uniformiser un minimum l'exigence structurelle, institutionnelle de la protection des droits fondamentaux (tribunal indépendant et impartial) comme lors de la coopération judiciaire pénale dans le cadre du MAE. Un problème peut néanmoins survenir si la juridiction chargée de juger de la pertinence du for choisi est celle actuellement estimée compétente pour connaître le procès et dont l'indépendance pose question.

Une fois la juridiction nationale compétente définitivement identifiée et confirmée, vient le moment du procès en lui-même. Lors du procès, les PED disposent du pouvoir de présenter des arguments à l'audience, de prendre part à l'obtention des moyens de preuve et d'exercer les voies de recours existantes²⁹¹². Une fois les éléments de preuve admis, la juridiction du fond règlement dispose d'un pouvoir de libre appréciation de la valeur probatoire des éléments présentés par la partie défenderesse ou les procureurs du Parquet européen²⁹¹³ conformément à l'exigence d'indépendance de la justice.

Malgré la possibilité offerte par l'article 86§3 TFUE²⁹¹⁴, il n'existe pas de règles uniformes applicables à l'admissibilité des preuves ou un régime uniforme du contrôle juridictionnel des actes de procédures. Les conditions de réception de la preuve sont pourtant un élément essentiel au regard du respect du principe de protection des droits fondamentaux et de l'efficacité des enquêtes et des poursuites du Parquet européen. Le règlement prévoit uniquement la simple réserve selon laquelle les éléments de preuve présentés par les procureurs du Parquet européen ou par la partie défenderesse devant une juridiction nationale ne peuvent être déclarés inadmissibles au seul motif qu'ils ont été recueillis dans un autre État membre ou conformément au droit d'un autre État

²⁹¹² Article 13(1) conformément au considérant (31) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹¹³ Article 37(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹¹⁴ P. CAEIRO et J. AMARAL RODRIGUES, « A European Contraption : the Relationship between the Competence of the EPPO and the Scope of the MS's Jurisdiction over Criminal Matters », Chapitre 4, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA(dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 57 à 83.

membre²⁹¹⁵. Cela n'empêchera pas les efforts déployés par le Parquet d'être potentiellement neutralisés au tout dernier moment puisque le contrôle juridictionnel national préalable des mesures d'enquête n'est ni uniforme ni automatique dans tous les Etats membre pendant la phase d'enquête. Malgré une sorte de système d'admissibilité mutuelle de la preuve, les juridictions nationales conservent une marge d'appréciation relative à son admissibilité et sa valeur²⁹¹⁶. La grande variété des pratiques relativise la garantie d'un traitement équivalent et cohérent aux suspects et accusés. Cela est d'autant plus frustrant que cela peut aussi concerner les preuves obtenues dans le cadre des enquêtes transfrontières, où un exercice complexe de consultation et de coordinations des exigences des différents droits nationaux a été mené. L'inadmissibilité de la preuve est statistiquement plus probable lorsque le procès ne se déroule pas dans le même Etat membre que celui où s'est située l'enquête.

De ce point de vue, le projet de règlement de la Commission européenne était plus convaincant. Il prévoyait que, tant que leur admission ne portait pas atteinte à l'équité de la procédure ou aux droits de la défense des articles 47 et 48 de la CDFUE, les éléments de preuve présentés par le Parquet européen à la juridiction du fond devaient être admis au procès sans validation ou processus juridique similaire²⁹¹⁷. Le fait que la législation nationale de l'État membre dans lequel siège cette juridiction imposait des règles différentes en matière de collecte ou de présentation de tels éléments de preuve était sans pertinence²⁹¹⁸. Le Parquet ne bénéficie plus d'une telle présomption de confiance. Ce défaut d'harmonisation existe pourtant déjà dans le cadre de la directive de la DEE et aurait du être résolu²⁹¹⁹. Dans un cadre devant aller au-delà de la « simple » coopération inter-étatique, l'absence d'uniformisation pose des difficultés pratiques et symboliques supplémentaires. Un régime procédural européen de la preuve aurait été un marqueur important d'un nouveau stade de l'intégration et de l'efficacité du Parquet européen. Un régime uniforme aurait permis prévisibilité et généralisation de l'admissibilité des

²⁹¹⁵ Article 37(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹¹⁶ Article 34 et considérant (80) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹¹⁷ Article 30(1) de la proposition de règlement de la Commission européenne de 2013.

²⁹¹⁸ Article 30(1) de la proposition de règlement de la Commission européenne de 2013.

²⁹¹⁹ Absence de disposition spécifique au sujet de l'admissibilité des preuves dans la DEE, article 14(7) directive DEE qui précise uniquement que « *L'État d'émission tient compte du fait que la reconnaissance ou l'exécution d'une décision d'enquête européenne ait été contestée avec succès conformément à son droit national. Sans préjudice des règles de procédure nationales, les États membres veillent à ce que, dans une procédure pénale dans l'État d'émission, les droits de la défense et l'équité de la procédure soient respectés dans le cadre de l'évaluation des éléments de preuve obtenus au moyen de la décision d'enquête européenne* ».

éléments de preuve. Afin d'assurer le respect des droits fondamentaux, il aurait inclus des dispositions plus précises relatives au respect de l'équité de la procédure et des droits de la défense

Enfin, la garantie des droits de la défense que pourront exercer les accusés dans le cadre des poursuites est plutôt « nationalisée » et ne peut assurer l'égalité des armes dans l'ensemble de l'ELSJ. À ce sujet, le Parlement européen avait pourtant insisté sur le besoin de garanties élevées et uniformes de procédure²⁹²⁰. La fragmentation des textes protecteurs est semble-t-il la principale difficulté mais le statut de la défense, bien qu'il puisse être perçu comme globalement positif²⁹²¹, mérite aussi certaines critiques.

L'article 41 du règlement apparaît comme établissant une protection assez complète du défendeur comprenant trois niveaux de protection et semblant intégrer tout ce que propose le droit de l'Union européenne. Les droits de la défense connaissent alors néanmoins une forte fragmentation qui exige une certaine expertise²⁹²². À un premier niveau, le « *respect total* » des droits des suspects et personnes poursuivies consacrés par la CDFUE sont affirmés, notamment le droit à un procès équitable et les droits de la défense des articles 47, 48 et 50²⁹²³. Cela reste cependant de l'ordre du général et vise les activités du Parquet européen plus que les conditions du procès devant une juridictions nationale. Ensuite, tout suspect ou personne poursuivie jouit, au minimum, des droits procéduraux prévus dans le « paquet » des directives UE²⁹²⁴. Il est notamment fait référence au droit à l'interprétation et à la traduction prévu dans la directive 2010/64/UE²⁹²⁵; au droit à l'information et à l'accès aux pièces du dossier prévu dans la directive 2012/13/UE²⁹²⁶; au droit d'accès à un avocat et au droit de communiquer avec des tiers

²⁹²⁰ Résolution (2017/C 378/18) du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen (COM(2013)0534 – 2013/0255(APP)), ref. P7_TA(2014)0234, §6.

²⁹²¹ E.P. REALE « Defense Areas and Limits in the Investigations of the European Public Prosecutor », in T. RAFARACI et R. BELFIORE(dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 205 à 214.

²⁹²² T. WAHL, « The EPPO and the Fragmentation of Defence Rights », Chapitre 5, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 85 à 113.

²⁹²³ Article 41(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹²⁴ Article 41(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹²⁵ Article 41(2) a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹²⁶ Article 41(2) b) du règlement relatif au Parquet européen.

et d'informer des tiers en cas de détention prévus dans la directive 2013/48/UE²⁹²⁷; au droit de garder le silence et le droit d'être présumé innocent prévus dans la directive (UE) 2016/343²⁹²⁸; et au droit à l'aide juridictionnelle prévu dans la directive (UE) 2016/1919²⁹²⁹. Les directives européennes s'appliquent néanmoins « *telles qu'elles ont été mises en œuvre en droit interne* » concernant les droits procéduraux minimaux qu'elles contiennent. Enfin, les personnes poursuivies ainsi que les autres personnes concernées par les procédures du Parquet européen jouissent de tous les droits procéduraux que le droit interne applicable leur accorde.

Combiné à l'article 42, relatif au système de contrôles juridictionnels, la fragmentation des droits de la défense conduit à principalement s'appuyer sur le droit national des Etats membres et donc sur leur niveau de protection propre. Cette situation illustre l'abandon de la volonté de créer un espace juridique unique qui nécessiterait un catalogue de droits procéduraux communs et élevés. En effet, les directives européennes n'ont qu'un effet harmonisant limité et ne garantissent qu'un standard minimum de certains droits spécifiques. Ces directives ne parviennent pas à une application cohérente des droits fondamentaux : elles forment toujours une réglementation différenciée des standards de droit²⁹³⁰ et qui nécessite une transposition. Certains termes restent vagues²⁹³¹ et des limitations de l'étendue des droits consacrés dans les directives²⁹³² limitent leur efficacité propre et engendrent des transpositions et pratiques variables, avec une tendance à l'interprétation large des exceptions aux droits. Malgré le principe d'interprétation conforme et l'éventuel effet direct des directives, seules les procédures en manquement permettraient de parvenir à un vrai standard homogène grâce à ces dispositions. Il manque toujours le traitement de certains éléments essentiels de la procédure touchant l'enquête et la poursuite par le Parquet européen : la détention préventive, le droit du témoin, l'admissibilité ou l'exclusion de la preuve, le droit à la compensation etc. Dans ce contexte, il aurait peut-être mieux valu directement intégrer dans son règlement des standards de protection applicables dans le cadre des activités du Parquet, y compris les poursuites, au moins concernant les enquêtes transfrontalières.

²⁹²⁷ Article 41(2) c) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹²⁸ Article 41(2) d) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹²⁹ Article 41(2) e) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹³⁰ Les différentes dimensions du droit à une procédure équitable sont traitées séparément et différemment dans différentes directives.

²⁹³¹ Par exemple celui de « documents essentiels ».

²⁹³² Par exemple l'exclusion de la détention préventive de la directive 2016/343.

b) Les alternatives aux poursuites : une adaptation européenne conditionnée de la réponse pénale

Malgré l'enquête menée par le Parquet, plusieurs raisons peuvent conduire à ce qu'il ne puisse finalement pas engager de poursuites devant une juridiction nationale. La poursuite devant une juridiction nationale peut aussi sembler disproportionnée par rapport à l'infraction révélée. Le Parquet dispose cependant encore d'autres moyens. Afin de garantir la sécurité juridique et de lutter efficacement contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, les activités de poursuite du Parquet européen doivent être guidées par le principe de légalité. En vertu de ce principe le Parquet européen devrait en particulier strictement appliquer les règles définies dans le présent règlement en ce qui concerne le classement sans suite d'une affaire et les procédures simplifiées en matière de poursuites²⁹³³. Le droit national des Etats membres va pourtant relativiser l'uniformisation et l'eupéanisation voulue dans ce cadre, remettant par la même en cause l'efficacité des actions du Parquet et la protection offerte.

Le Parquet européen peut d'abord décider du classement de l'affaire mais cela constitue une reconnaissance pure et simple de l'impossibilité de sanction, même lorsque l'infraction semble tout de même belle et bien exister. Pour des raisons d'efficacité du Parquet et plus généralement de la lutte contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, le classement sans suite devrait alors être strictement encadré par des règles suffisamment uniformes. Il devrait y avoir un « principe de légalité des non-poursuites » européen ou eupéanisé.

Ce n'est que « *(l)orsqu'il est devenu impossible de déclencher des poursuites conformément au droit de l'Etat membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire, (que) la chambre permanente décide, sur la base d'un rapport soumis par le procureur européen délégué chargé de l'affaire (...) de classer sans suite la procédure engagée à l'encontre d'une personne (...)* »²⁹³⁴ d'une affaire relevant de la compétence du Parquet européen. Conformément à un principe de légalité assoupli, le règlement va donc limiter la possibilité de classement sans suite par le Parquet européen à certaines

²⁹³³ Considérant (66) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹³⁴ Article 31(1) du règlement relatif au Parquet européen.

hypothèses limitées²⁹³⁵ afin d'encourager les poursuites tout en laissant une marge d'appréciation nécessaire au Parquet européen. Leur caractère encadré peut cependant être relativisé.

La possibilité de classement illustre l'incapacité de l'enquête du Parquet européen à démontrer l'existence d'une infraction ou l'impossibilité de la sanctionner pour différents motifs communs dans l'ensemble des Etats membres face à leurs juridictions nationales. Si un de ces motifs s'applique, le classement sans suite devient obligatoire, en conformité avec le principe de légalité. Le vrai bémol consiste alors dans le renvoi au droit national qui déterminera *in fine* si et quand les motifs de classement interviennent effectivement. Cet aspect peut conduire à une application variable des motifs pourtant communs en raison de leur appréciation « nationale » et relativise l'euphémisation voulue du régime du classement sans suite imposé au Parquet européen. La limitation de la responsabilité des individus au regard des infractions pour lesquelles le Parquet est en principe compétent peut être plus ou moins importante d'un Etat membre à un autre au regard de différents motifs de classement, dont certains sont aussi politiquement teintés. Le classement sans suite peut en un sens être davantage contraint.

La chambre permanente doit ainsi classer sans suite la procédure engagée à l'encontre d'une personne lorsqu'il est devenu impossible de déclencher des poursuites conformément au droit de l'Etat membre du PED chargé de l'enquête, en cas de décès du suspect ou de la personne poursuivie ou de la dissolution de la personne morale soupçonnée ou poursuivie²⁹³⁶, en cas de démence²⁹³⁷, d'amnistie²⁹³⁸ ou d'immunité accordée au suspect ou à la personne poursuivie, à moins que celle-ci ait été levée²⁹³⁹. Ces motifs renvoient au droit national des Etats membres hormis l'immunité qui peut aussi découler du statut de fonctionnaire de l'Union. Le motif de classement sans suite relatif à l'immunité ne devrait intervenir qu'en tout dernier recours. En effet, lorsque les enquêtes du Parquet européen concernent des personnes protégées par un privilège ou

²⁹³⁵ Article 31(1) a) à g) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹³⁶ Article 39(1) a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹³⁷ Article 39(1) b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹³⁸ Article 39(1) c) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹³⁹ Article 39(1) d) du règlement relatif au Parquet européen.

une immunité conférés par le droit national²⁹⁴⁰ ou par le droit de l'Union²⁹⁴¹ et que ce privilège ou cette immunité constitue un obstacle à une enquête particulière, le chef du Parquet européen rédige une demande écrite motivée tendant à en obtenir la levée conformément aux procédures prévues par ce droit national ou le droit de l'Union. Si elle est obtenue, la poursuite devrait être possible et le motif de classement écarté. Ensuite, le classement sans suite peut encore découler de l'expiration du délai national de prescription en matière de poursuites²⁹⁴² ou du jugement définitif de l'affaire concernant le suspect ou la personne poursuivie en liaison avec les mêmes actes²⁹⁴³. Ces motifs de classement sans suite sont ceux les plus directement liés au droit pénal de l'Etat membre. Le motif de classement sans suite relatif au principe *ne bis in idem* est difficilement critiquable puisqu'il est largement favorable aux droits de la personne concernée²⁹⁴⁴.

Le motif relatif à la prescription mérite une attention particulière. Cette prescription nationale peut être plus ou moins longue d'un Etat membre à un autre. Si la prescription prévue est très/trop courte, elle peut facilement mettre en péril l'efficacité de l'enquête du Parquet européen qui nécessite un certain temps en raison de la complexité des infractions. La poursuite serait ainsi rapidement écartée alors même qu'il serait par ailleurs possible de parvenir à la sanction de l'infraction. L'exemple récent de l'affaire « Tarricco II »²⁹⁴⁵ illustre le propos. La CJUE avait relevé que les délais de prescription prévus dans les procédures nationales italiennes relatives aux infractions relatives à la taxe sur la valeur ajoutée étaient trop courts et faisaient donc obstacle aux sanctions pénales effectives et dissuasives des infractions dans un nombre considérable de cas de fraude grave portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne²⁹⁴⁶. Malgré cela, la CJUE a finalement accepté cet état de fait et n'a pas exigé l'inapplication de ces délais en raison de l'appartenance des dispositions relatives à la prescription au droit

²⁹⁴⁰ Article 29(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁴¹ Article 29(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁴² Article 39(1) e) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁴³ Article 39(1) f) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁴⁴ Voir considérant (83) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁴⁵ CJUE (grande chambre), 5 décembre 2017, *M.A.S., & M.B.* Affaire C-42/17.

²⁹⁴⁶ Voir notamment points 35 à 40 de l'arrêt *M.A.S., & M.B.*

pénal de fond italien soumis au principe de légalité des délits et des peines²⁹⁴⁷, lui-même une composante de l'identité constitutionnelle italienne²⁹⁴⁸. Le Parquet européen devra lui aussi appliquer les délais de prescription nationaux et pourrait rencontrer le même type de difficultés. Le principe de légalité national pourrait donc contrarier le principe de légalité « européenisé » dans le cadre du règlement.

Enfin, l'absence de preuves pertinentes doit logiquement conduire au classement sans suite de l'affaire²⁹⁴⁹. Ce motif de classement est en accord avec l'obligation d'enquêter à charge et décharge du Parquet européen et au principe de proportionnalité de la réponse pénale. En effet, l'enquête peut conclure à l'absence certaine d'infraction ou une insuffisance des preuves. Il n'est pas pertinent d'automatiquement rechercher un lancement des poursuites alors qu'aucune sanction n'est envisageable ou souhaitable. Le rapport coût/bénéfices des poursuites est ici pris en compte et vise l'efficacité de l'action du Parquet. Ce motif introduit aussi une marge d'appréciation autonome, un opportunisme nécessaire du Parquet européen dans le principe de légalité des poursuites. Ce motif devrait cependant être encadré par une possibilité de recours contre la décision de ne pas poursuivre²⁹⁵⁰. Notons aussi que le degré d'exigence du droit national applicable en matière de preuve peut indirectement jouer sur l'application de cette marge d'appréciation.

Lorsqu'une affaire est finalement classée sans suite, le Parquet européen le notifie officiellement aux autorités nationales compétentes et en informe les institutions, organes et organismes de l'Union concernés ainsi que, lorsque le droit interne le prévoit, les suspects ou les personnes poursuivies et les victimes de l'infraction²⁹⁵¹.

Dans ce cadre, une contrainte supplémentaire s'ajoute lorsque le Parquet européen décide de classer l'affaire alors qu'il est compétent à l'égard d'une infraction pénale indissociablement liée à une infraction pénale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union prévue par la directive (UE) 2017/1371²⁹⁵². Il ne classe alors sans

²⁹⁴⁷ Voir notamment points 51 à 61 de l'arrêt *M.A.S., & M.B.*

²⁹⁴⁸ Voir notamment point 53 de l'arrêt *M.A.S., & M.B.*

²⁹⁴⁹ Article 39(1) g) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁵⁰ Voir *infra* discussion sur les voies de recours.

²⁹⁵¹ Article 39(4) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁵² Article 22(3) du règlement relatif au Parquet européen.

suite l'affaire qu'après avoir consulté les autorités nationales compétentes de l'État membre pour statuer sur la répartition des compétences en cas de désaccord²⁹⁵³. Pourquoi ? Si le Parquet n'avait pas ouvert d'enquête ou utilisé de son droit d'évocation, les autorités nationales auraient pu être compétentes si l'infraction en question n'avait pas été indissociablement liée et n'avait pas finalement été rattachée à la compétence du Parquet européen après discussion. Il convient donc de vérifier si elles auraient adopté la même décision de classement. Le cas échéant, la chambre permanente renvoie l'affaire aux autorités nationales compétentes²⁹⁵⁴ si ces autorités le demandent²⁹⁵⁵. Le Parquet européen transfère alors le dossier et s'abstient de prendre de nouvelles mesures d'enquête ou d'engager de nouvelles poursuites²⁹⁵⁶. Il peut alors enfin classer l'affaire de son côté²⁹⁵⁷. Un classement sans suite du Parquet n'entraîne donc pas le classement sans suite national. Cette souplesse et cette disposition permettent en principe un relai des autorités nationales favorable à la recherche de sanction mais elles limitent l'application du principe *ne bis in idem*. D'autre part, la compétence avait déjà été accordée au préalable au Parquet européen sous le contrôle des autorités nationales²⁹⁵⁸, il n'est alors pas certain qu'elles voudront s'en (re-)saisir. Si le Parquet européen doute du succès des poursuites après avoir investigué, pourquoi en serait-il autrement des autorités judiciaires nationales ?

Enfin, il n'est pas impossible pour le Parquet européen de revenir sur une décision de classement sans suite. En effet, une telle décision de classement n'empêche pas un complément d'enquête d'intervenir sur la base de faits nouveaux qui n'étaient pas connus du Parquet européen au moment où il a rendu sa décision et qui ont été découverts par la suite²⁹⁵⁹. La décision de rouvrir une enquête appartient alors à la chambre permanente compétente²⁹⁶⁰. Cette possibilité pallie en partie la difficulté

²⁹⁵³ Article 25(6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁵⁴ Article 39(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁵⁵ Article 34(6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁵⁶ Article 34(7) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁵⁷ Article 34(7) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁵⁸ Article 25(4) et (6) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁵⁹ Article 39(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁶⁰ Article 39(2) du règlement relatif au Parquet européen.

première d'obtenir des informations²⁹⁶¹ et permet de reprendre l'affaire. Cette souplesse favorise la sanction suite aux enquêtes du Parquet européen mais conduit néanmoins à une plus grande incertitude et insécurité juridique pour les individus concernés.

Ensuite, le choix de la réponse pénale du Parquet européen n'est pas aussi binaire que la poursuite ou la non-poursuite devant les juridictions nationales et d'autres solutions « intermédiaires » existent. Elles permettent ainsi d'envisager une sanction des infractions portant atteintes aux intérêts financiers de l'Union bien que certaines difficultés à la poursuite existent. Elles sont favorables à l'efficacité de l'action du Parquet européen dans le sens où l'on parvient tout de même à un résultat au regard des efforts d'enquête déployés par le Parquet européen. Le Parquet européen peut alors opter pour une procédure simplifiée ou bien décider de renvoyer l'affaire aux autorités nationales. Ces différentes procédures devraient elles aussi être encadrées par le règlement, créant ainsi un régime européenisé de la réponse pénale du Paquet européen.

Le Parquet européen peut éventuellement envisager une procédure simplifiée en matière de poursuites. L'existence d'une procédure simplifiée en matières de poursuites permet d'économiser du temps et des moyens qui auraient autrement été nécessaires et peut être excessifs en cas de poursuites devant les juridictions nationales. On vise ici les infractions de moindre gravité. C'est une possibilité de parvenir à une sanction plus proportionnée. Ainsi, « *(s)i le droit national applicable prévoit une procédure simplifiée en matière de poursuites visant au règlement définitif d'une affaire selon les modalités fixées d'un commun accord avec le suspect, le procureur européen délégué chargé de l'affaire peut, (...) proposer à la chambre permanente compétente²⁹⁶² d'appliquer cette procédure conformément aux conditions prévues en droit national* »²⁹⁶³.

Sous l'apparente uniformité de l'alternative proposée, il est possible que celle-ci existe ou non selon l'Etat membre concerné, et si oui, selon des conditions différentes selon le droit national applicable. La possibilité d'une procédure alternative n'est pas automatique et uniforme. Ainsi si la possibilité est mentionnée au niveau « européenisé », reste presque totalement nationale. En France, le Parquet européen pourra opter entre un

²⁹⁶¹ Discuté *supra*.

²⁹⁶² Conformément à l'article 10(3) et à l'article 35(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁶³ Article 40(1) du règlement relatif au Parquet européen.

classement sans suite sous condition, une transaction ou une composition pénale²⁹⁶⁴. La pratique pourrait également encore restreindre cette possibilité. En effet, lorsque le Parquet européen exerce une compétence à l'égard d'infractions particulières visées à l'article 3, paragraphe 2, points a) et b), de la directive (UE) 2017/1371 et que le préjudice causé ou susceptible d'être causé aux intérêts financiers de l'Union n'excède pas le préjudice causé ou susceptible d'être causé à une autre victime²⁹⁶⁵, le PED chargé de l'affaire doit encore consulter les autorités nationales chargées des poursuites avant de pouvoir proposer d'appliquer une procédure simplifiée en matière de poursuites²⁹⁶⁶. Cette exigence supplémentaire s'impose alors même que les autorités nationales auront déjà accepté l'exercice de sa compétence par le Parquet européen. La possibilité pour les autorités nationales d'obliger à choisir une poursuite devant les juridictions nationales plutôt qu'une procédure alternative apparaît comme une contrepartie à l'octroi de la compétence du Parquet, ce qui est discutable en terme d'indépendance et d'autonomie quant au choix de la réponse pénale appropriée.

Le règlement pose tout de même et heureusement une condition « européenne » à l'application d'une procédure simplifiée : le consentement du suspect. Celui-ci devra être libre et éclairé pour avoir une réelle valeur. Cet élément est important afin de contrebalancer la tendance de ces procédures à relativiser le rôle du juge national dans sa fonction de juger et donc de la protection des droits et libertés individuelles.

Il existe également un embryon de règle européenne concernant la justification de ce choix. La chambre permanente se prononce en tenant compte de la gravité de l'infraction (notamment au regard du préjudice causé)²⁹⁶⁷, de la volonté de l'auteur présumé de l'infraction de réparer le préjudice causé²⁹⁶⁸ et du fait que le recours à la procédure serait conforme aux objectifs généraux et aux principes fondamentaux du Parquet européen²⁹⁶⁹. Des orientations doivent être adoptées par le collège²⁹⁷⁰ afin de

²⁹⁶⁴ D. SIMON, « Acte de naissance du Parquet européen », *Europe* n° 11, Novembre 2020, repère n°10.

²⁹⁶⁵ Article 40(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁶⁶ Article 40(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁶⁷ Article 40(2) a) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁶⁸ Article 40(2) b) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁶⁹ Article 40(2) c) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁷⁰ Conformément à l'article 9(2) du règlement relatif au Parquet européen.

préciser comment ces éléments doivent être pris en compte²⁹⁷¹. La procédure simplifiée devrait donc être utilisée pour des motifs d'efficacité et de proportionnalité de la réponse pénale par rapport aux circonstances de l'affaire. On pourrait cependant également imaginer que cette possibilité de procédure alternative soit « pratique » pour obtenir une sanction lorsque les éléments disponibles ne suffiraient pas tout à fait devant une juridiction.

Lorsque la procédure simplifiée en matière de poursuites est arrivée à son terme selon les conditions arrêtées d'un commun accord avec le suspect, la chambre permanente charge le procureur européen délégué d'agir en vue de classer définitivement l'affaire²⁹⁷². La personne concernée devrait alors bénéficier de la protection offerte par le principe *ne bis in idem*²⁹⁷³.

Concernant la deuxième et dernière alternative, ce n'est éventuellement qu'à la toute fin d'une enquête du Paquet européen que l'on peut définitivement trancher sur la répartition des compétences malgré la constatation d'une infraction. Ainsi, lorsqu'une enquête menée par le Parquet européen révèle que les faits faisant l'objet de l'enquête ne constituent pas une infraction pénale à l'égard de laquelle il est compétent matériellement²⁹⁷⁴, territorialement et personnellement²⁹⁷⁵, la chambre permanente compétente décide de renvoyer l'affaire aux autorités nationales compétentes sans retard indu²⁹⁷⁶ avant d'engager des poursuites devant les juridictions nationales. Il en va de même lorsqu'une enquête menée par le Parquet européen révèle que les conditions spécifiques à l'exercice de ses compétences relatives au quantum de peine ou de préjudice ne sont plus remplies²⁹⁷⁷. Enfin, en cas de préjudice inférieur à 100 000 euros, bien que le Parquet européen puisse être compétent et remplisse les conditions spécifiques à l'exercice de ses compétences, les orientations du collège peuvent encore l'amener à déterminer qu'il n'est pas nécessaire d'engager des poursuites au niveau de

²⁹⁷¹ Article 40(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁷² Article 40(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁷³ Article 50 de la CDFUE.

²⁹⁷⁴ Article 22 du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁷⁵ Article 23 du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁷⁶ Article 34(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁷⁷ Article 34(2) du règlement relatif au Parquet européen.

l'Union²⁹⁷⁸. Un renvoi aux autorités nationales contribuerait alors mieux à l'efficacité de l'enquête ou des poursuites.

Le classement d'une affaire n'est donc pas le seul motif de renvoi qui peut intervenir à l'issue de l'enquête. Le renvoi tardif de l'affaires aux autorités nationales peut être un moyen de parvenir à la sanction alors que le Parquet ne pourrait finalement pas lui-même exercer l'action publique. Les éléments nécessaires à une condamnation sont tous réunies ou presque mais l'acceptation de ce renvoi par les autorités nationales n'est cependant pas obligatoire à la lecture du règlement. Du point de vue du règlement, les autorités nationales ont l'opportunité de récupérer l'affaire. Leur droit national déterminera ensuite si celles-ci sont soumises à un principe national de légalité ou d'opportunité des poursuites.

Le renvoi suivi du refus des autorités nationales de se saisir de l'affaire peut alors finalement conduire à un conflit de compétences négatif. Dans ce cas, si les autorités nationales compétentes n'acceptent pas de se charger de l'affaire dans un délai de trente jours maximum, le Parquet européen demeure compétent pour engager des poursuites ou classer l'affaire sans suite²⁹⁷⁹. Dans ce cadre, le Parquet européen semble disposer d'une plus grande marge d'appréciation. Il peut *a priori* décider en opportunité d'engager des poursuites malgré le fait qu'il se soit estimé sur le principe « non compétent » de façon plus ou moins objective. Cette marge s'exerce cependant toujours « conformément aux règles prévues par le présent règlement »²⁹⁸⁰. Peut-il alors vraiment s'estimer compétent alors que ces mêmes règles l'on conduit à vouloir renvoyer l'affaire ? Dans le même temps, le classement sans suite du Parquet européen signifierait dans ce cas l'absence totale de poursuites et une impunité.

Le Parquet européen dispose donc de plusieurs possibilités de réponse à l'issue de son enquête qui emportent d'importantes conséquences en termes de protection des droits fondamentaux comme en termes d'efficacité de ses activités. Il convient alors de prévoir des voies de recours juridictionnelles aux fins de pouvoir contester de telles décisions, notamment lorsqu'il s'agit de finalement poursuivre ou de ne pas poursuivre faute de preuves suffisantes.

²⁹⁷⁸ Article 34(3) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁷⁹ Article 34(5) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁸⁰ Article 34(5) du règlement relatif au Parquet européen.

L'article 42(3) du règlement dispose que, par dérogation au principe du contrôle juridictionnel national des actes de procédure du Parquet européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard de tiers²⁹⁸¹, les décisions visant à classer une affaire sans suite, pour autant qu'elles soient contestées directement sur la base du droit de l'Union, sont soumises au contrôle de légalité de la Cour de justice. Il est tout à fait logique et avantageux qu'une juridiction de l'Union européenne puisse contrôler une décision d'un organe européen défavorable aux intérêts de l'Union faute de sanction d'un éventuel manquement au droit de l'Union. Le règlement renvoie néanmoins aux conditions de saisine classiques de la CJUE²⁹⁸² et ne prévoit pas des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales qui pourraient avoir un réel intérêt dans les poursuites²⁹⁸³. Toutes les institutions de l'Union européenne pourront assez aisément saisir la CJUE contrairement aux personnes morales ou physiques qui sont aussi de potentielles victimes de l'infraction.

Pour ce qui est du reste, une lecture *a contrario* de l'article 42(3) renvoie à l'application de l'article 42(1) et conduit à ce que les décisions de poursuites et de procédures alternatives soient susceptibles de contrôle par les juridictions nationales compétentes conformément aux exigences et procédures prévues par leur droit national²⁹⁸⁴. La Cour de justice n'interviendra éventuellement qu'à titre préjudiciel²⁹⁸⁵. Cette possibilité de contestation intéressera particulièrement la personne accusée mais celle-ci sera soumise à des règles procédurales variables d'un Etat membre à un autre²⁹⁸⁶. Il est aussi discutable de différencier la nature nationale ou européenne du contrôle juridictionnel selon le choix de la réponse pénale fait par le Parquet européen. La décision de poursuite ou de procédure alternative reste celle de la chambre permanente du Parquet européen, c'est-à-dire d'un membre au niveau centralisé de l'organe de l'Union européenne.

²⁹⁸¹ Il est indiqué que l'article 42(3) est une dérogation aux dispositions de l'article 42(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁸² L'article 42(3) du règlement relatif au Parquet européen renvoie au quatrième alinéa de l'article 263 du TFUE.

²⁹⁸³ Conformément à l'article 263, cinquième alinéa, du TFUE.

²⁹⁸⁴ En application de l'article 42(1) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁸⁵ Article 42(2) du règlement relatif au Parquet européen.

²⁹⁸⁶ L'Etat membre compétent sera vraisemblablement celui du PED chargé d'exécuter la décision de la chambre permanente.

Conclusion du Chapitre 2 :

Le droit de l'Union applicable semble insuffisamment uniformisé pour atteindre pleinement les objectifs d'autonomie, d'efficacité et peut-être même de validité. Le principe de primauté s'applique de façon marginale et est au moins partiellement détaché du principe de respect des droits fondamentaux et du principe de confiance mutuelle. Si la protection des droits fondamentaux est en principe assurée, le principe de respect des droits fondamentaux ne participe pas à une plus grande autonomie du droit de l'Union ou à une présomption de confiance suffisante envers le Parquet ou entre les Etats membres. Les Etats membres définissent largement le degré de protection qu'ils souhaitent appliquer dans le cadre des activités d'enquête et de poursuite du Parquet européen. Si une présomption de confiance existe, elle concerne plutôt la confiance que le Parquet européen *doit* avoir envers les Etats membres et leurs autorités nationales. La protection des droits fondamentaux ne participe pas à cette confiance qui provient plutôt des contraintes structurelles et organisationnelles du Parquet et de l'absence de normes européennes suffisantes. Le Parquet européen présente des garanties structurelles et procédurales mais ne bénéficie ni de pouvoirs d'une efficacité équivalente dans l'ensemble Etats membres ni n'est soumis à un régime de contrôle juridictionnel uniformisé. Enfin, il n'existe pas de régime avantageux en matière d'admissibilité de la preuve.

Conclusion Partie II :

La forme actuelle de la coopération judiciaire pénale n'est pas encore à la hauteur de ses objectifs. La réalisation d'une protection concrète des droits fondamentaux reste encore trop souvent *a minima*. Un haut degré de confiance mutuelle ainsi que l'assurance du respect du principe de primauté du droit de l'Union nécessitent plus. D'autre part, il conviendrait d'abord de dégager une logique globale en matière de protection des droits fondamentaux dans la coopération judiciaire pénale avant de la décliner dans le cadre du MAE et de la DEE pour plus de cohérence. Concernant la forme future de la coopération judiciaire pénale, le Parquet européen ne semble pas, du point de vue de l'articulation des principes structurants, représenter une réelle avancée au regard des objectifs d'autonomie, d'efficacité et de validité. Il semble au contraire illustrer les effets pervers d'une articulation insuffisante des principes structurants de la coopération judiciaire pénale.

CONCLUSION DE THÈSE :

Les principes structurants de la coopération judiciaire - le principe de primauté du droit de l'Union européenne, de respect des droits fondamentaux et de confiance mutuelle - doivent s'articuler et fonctionner ensembles si l'Union veut atteindre ses objectifs d'efficacité, d'autonomie et de validité de la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ.

L'articulation du principe de primauté du droit de l'Union avec le principe de respect des droits fondamentaux conduit à la possible acceptation du droit de l'Union et de son caractère prioritaire. Le respect des droits fondamentaux permet d'admettre l'autonomie du droit de l'Union, nécessaire à son existence et à son développement. En contrepartie, la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne bénéficie d'une place particulière et autonome au sein d'une Union et d'une priorité d'application. Cet aspect doit être combiné avec un niveau de protection européen suffisamment élevé afin de concrétiser le principe de respect des droits fondamentaux.

Le principe de confiance mutuelle s'appuie sur le principe de respect des droits fondamentaux de l'Union afin de justifier et imposer une présomption d'équivalence des protections des droits fondamentaux au sein l'ELSJ, et donc de confiance mutuelle, favorable à l'efficacité de la coopération. La présomption de confiance mutuelle peut être techniquement traduite de diverses façons, notamment par la technique de reconnaissance mutuelle. La confiance mutuelle doit en retour laisser un espace suffisant à une protection plus concrète de la protection des droits fondamentaux au sein de l'ELSJ. Elle sert ainsi d'instrument adaptatif entre efficacité et validité des différents instruments ou organes de la coopération judiciaire pénale.

L'articulation du principe de confiance mutuelle avec le principe de primauté du droit de l'Union conduit, à travers un cadre suffisamment harmonisé par le droit de l'Union, à renforcer, seconder les effets de la présomption de confiance mutuelle en limitant sa remise en cause, ses exceptions. En contrepartie, la confiance mutuelle se fonde sur les droits fondamentaux de l'Union afin de ne pas remettre en cause mais plutôt promouvoir l'autonomie et la primauté du droit de l'Union, notamment à travers ses exceptions. La confiance mutuelle devrait également être envisager comme un moyen d'assurer l'implication des acteurs de la coopération judiciaire pénale quant à la primauté du droit de l'Union au lieu de la contredire.

En l'absence de validité et de protection des droits fondamentaux du droit de l'Union, une réduction de l'efficacité technique et de l'autonomie de la coopération judiciaire pénale est à prévoir à plus ou moins long terme. En l'absence d'autonomie et d'efficacité du droit de l'Union, il semble impossible d'offrir une protection suffisante dans l'ensemble de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice.

L'articulation des principes structurants et la poursuite des objectifs de la coopération judiciaire pénale ne sont bien sûr pas dénuées de tensions et d'ajustements. La CJUE a tout intérêt à participer et inciter à participer à un dialogue constructif avec les autres acteurs judiciaires de la coopération judiciaire pénale, en particulier les juridictions suprêmes et constitutionnelles nationales. L'articulation des principes n'est pas figée et un phénomène d'adaptation et d'approfondissement a déjà commencé et reste toujours en cours.

Les jurisprudences des cours constitutionnelles et suprêmes françaises et allemandes démontrent bien la nécessité de les convaincre de la validité du droit de l'Union malgré la revendication de sa primauté par la CJUE. Il y aurait même un avantage à mieux inclure les juridictions prêtes à jouer un rôle dans le développement de l'ELSJ et de la coopération judiciaire pénale de l'Union européenne au travers de la question de la protection des droits fondamentaux, comme la Cour de cassation française et la Cour constitutionnelle allemande.

Les difficultés actuelles persistantes semblent principalement découler d'un manque de réflexion globale de la politique de coopération judiciaire pénale. Chaque solution nouvelle est marquée par un besoin « au cas par cas », que ce soit en matière de protection des droits fondamentaux ou pour ce qui est de proposer une nouvelle réalisation de l'intégration. La limite d'une telle approche a aussi été constatée au regard de la différence de traitement des parquets allemands et français dans le cadre des notions d'autorité judiciaire du MAE et de la DEE adoptées par la CJUE.

DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG :

Das Verhältnis zwischen den strukturierenden Grundsätzen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen im RFSR – Eine Annäherung aus der Sicht des europäischen, französischen und deutschen Rechts

Einleitung :

Die Politik der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ist eine „Vergrößerungslupe“ der Merkmale des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (im Folgenden „RFSR“) sowie seiner Integrationsschwierigkeiten und -bedürfnisse.

Die derzeitige Form der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ist durch Maßnahmen der Zusammenarbeit geprägt, die auf der Technik der gegenseitigen Anerkennung von justiziellen Entscheidungen in Strafsachen beruhen²⁹⁸⁷. Die gegenseitige Anerkennung erfolgt zwischen Justizbehörden und zielt auf eine (quasi-)automatische Vollstreckung justizieller Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten nach einem harmonisierten europäischen Verfahrensrahmen ab. Diese Technik stützt sich trotz der fehlenden Vereinheitlichung des nationalen Strafrechts auf die gegenseitige Zulässigkeit der nationalen Strafrechtssysteme. Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Europäischen Union trägt zur Verwirklichung des RFSR bei, wobei die Grundrechte und die verschiedenen Rechtssysteme und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden²⁹⁸⁸.

Die Zwänge im Zusammenhang mit den Grundrechten, der gegenseitigen Anerkennung, der Teilharmonisierung und der Achtung des Pluralismus müssen durch das Verhältnis zwischen spezifischen Grundsätzen des RFSR verstanden werden. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind diese Grundsätze in der Tat strukturierend für die europäische justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen. Es handelt sich um den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, den Grundsatz der Achtung der Grundrechte und den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens²⁹⁸⁹. In dieser Dissertation soll also das Verhältnis zwischen diesen strukturierenden Grundsätzen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen untersucht werden.

²⁹⁸⁷ Artikel 67(3) und 82 AEUV.

²⁹⁸⁸ Artikel 67(1) AEUV.

²⁹⁸⁹ EuGH, Gutachten 2/13, 18. Dezember 2014, Nr. 166, 168, 169.

Der Vorrang des Unionsrechts, die Achtung der Grundrechte und das gegenseitige Vertrauen werden vom EuGH als Grundsätze anerkannt und haben im Unionsrecht eine höhere Autorität. Diese Grundsätze zielen auf die Erreichung bestimmter Ziele ab und können auf vielfältige Weise umgesetzt werden. Im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen bezwecken diese Grundsätze darauf ab, die Zusammenarbeit zu erleichtern und die Wirksamkeit und Autonomie des EU-Rechts zu gewährleisten und gleichzeitig die Achtung der Grundrechte sicherzustellen. Sie sind strukturierend, denn ohne sie kann die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen ihre Ziele nicht erreichen.

Im weiteren Sinne bezieht sich der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts auf ein allgemeines Phänomen der Überlegenheit des EU-Rechts gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten und dem Völkerrecht²⁹⁹⁰. Im engeren Sinne gilt der Grundsatz des Vorrangs bei der Umsetzung des Unionsrechts. Aus Sicht der EU hat im Konfliktfall das EU-Recht (wie ausgelegt) Vorrang vor dem nationalen Recht, einschließlich des Verfassungsrechts. Dasselbe gilt gegenüber dem Völkerrecht. Die Herausforderung besteht darin, die Einheitlichkeit, Kohärenz der Auslegung und Anwendung des EU-Rechts zu gewährleisten, damit diese autonome, aber integrierte Ordnung überleben und sich weiterentwickeln kann.

Der Grundsatz der Achtung der Grundrechte ist für alle Akteure der Europäischen Union verbindlich²⁹⁹¹. Er verlangt, dass die Grundrechte durch das Recht der Europäischen Union ausreichend berücksichtigt und geschützt werden, was auch für die Umsetzung des EU-Rechts durch die verschiedenen Akteure gilt. Die Achtung der Grundrechte ist ein Grundsatz, ein Wert und ein Ziel des Unionsrechts.

Diese beiden strukturierenden Grundsätze sind eng miteinander verbunden und haben sich seit langem gegenseitig beeinflusst²⁹⁹². Im Zuge der Weiterentwicklung des Unionsrechts, insbesondere im Bereich des Strafrechts, wird die Berücksichtigung der Grundrechte immer wichtiger, wenn das EU-Recht Autonomie und Vorrang beanspruchen will. Die Verabschiedung und Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden GR-Charta) ist ein weiterer entscheidender Schritt in Bezug auf die

²⁹⁹⁰ EuGH, 15. Juli 1964, *Flaminio Costa gegen E.N.E.L.*, Rs. 6/64, Punkt 3.

²⁹⁹¹ Aus Artikel 6 EUV und dem primärrechtlichen Wert der GR-Charta ergibt sich eine Verpflichtung zur Achtung der Grundrechte.

²⁹⁹² L. S. ROSSI „Droits Fondamentaux, primauté et autonomie: la mise en balance entre les principes „constitutionnels“ de l’Union européenne“, RTD Eur 2019, S. 67-84.

Gültigkeit des Unionsrechts. Gleichzeitig stellt sie für das Unionsrecht einen potenziellen Vektor für dessen Autonomie und Vorrang dar.

In diesem Kontext konnte sich der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zunehmend durchsetzen²⁹⁹³. Er beruht auf der grundlegenden Prämisse, dass jeder Mitgliedstaat mit allen anderen Mitgliedstaaten eine Reihe gemeinsamer Werte teilt, auf denen die Union beruht, und anerkennt, dass die anderen Mitgliedstaaten diese Werte mit ihm teilen²⁹⁹⁴. Das gegenseitige Vertrauen ergibt sich aus der Idee der Achtung der Grundrechte, aber auch aus einer Gesellschaft, die sich durch Pluralismus, Toleranz und Solidarität auszeichnet. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens wird genutzt, um die Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu minimieren und somit die effektive Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten. Weitgehend als Vermutung behandelt, wird er technisch durch den Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung verwirklicht. Das gegenseitige Vertrauen unterstützt die Verpflichtung zur Zusammenarbeit, die Einschränkung der Kontrolle durch die vollstreckende Justizbehörde, einschließlich in Bezug auf die Achtung der Grundrechte, und das Verbot für den Vollstreckungsstaat, seine eigenen nationalen Schutzstandards einem anderen Mitgliedstaat aufzuzwingen. Je höher das gegenseitige Vertrauen, desto effektiver ist die Zusammenarbeit.

Diese genannten Grundsätze entwickeln ihr volles Potenzial erst, wenn sie in dem strukturierten Netz von Prinzipien, Regeln und wechselseitig abhängigen Rechtsbeziehungen, das die Europäische Union kennzeichnet, miteinander artikuliert werden²⁹⁹⁵. Der Begriff „Verhältnis“ ermöglicht es, die potenzielle Komplexität ihrer Beziehungen abzudecken, je nachdem, wie sie betrachtet werden und von welchem Akteur.

Die vorliegende Dissertation befasst sich mit dem aktuellen Stand des Verhältnisses zwischen den strukturierenden Grundsätzen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen. Sie wird die wesentlichen Punkte dieses Verhältnisses beleuchten, um ein theoretisches Verständnis ihrer verschiedenen Herausforderungen, Schwierigkeiten und Entwicklungen zu ermöglichen. Anschließend wird es möglich sein,

²⁹⁹³ A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Oxford, Bloomsbury Publishing and Hart Publishing, Coll. Hart Studies in European Criminal Law, 2020, 352 Seiten.

²⁹⁹⁴ EuGH, Gutachten 2/13, 18. Dezember 2014, Nr. 168.

²⁹⁹⁵ EuGH, Gutachten 2/13, 18. Dezember 2014, Nr. 167.

die in der Praxis noch bestehenden Schwierigkeiten besser zu erfassen und zu analysieren. Während die vom Unionsrecht und dem EuGH vorgeschlagene Gliederung theoretisch unter bestimmten Bedingungen zufriedenstellend ist und einige Vorteile bietet, wirft die Praxis diesbezüglich noch Schwierigkeiten auf.

Zunächst wird sie sich auf die Analyse des Europäischen Haftbefehls²⁹⁹⁶ (im Folgenden EuHb) und der Europäischen Ermittlungsanordnung²⁹⁹⁷ (im Folgenden EEA) stützen. Diese beiden Instrumente sind als Vorzeigeeinstrumente der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen unverzichtbar. Sie stützen sich auf die Technik der gegenseitigen Anerkennung, die Methodik, die derzeit innerhalb des RFSR am häufigsten angewandt wird. Um die Überlegungen weiterzuführen, wird die letzte und neue Stufe der Integration im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in Betracht gezogen: die Europäische Staatsanwaltschaft²⁹⁹⁸.

Die Texte der EuHb- und EEA-Instrumente und des Unionsrechts bilden einen Ankerpunkt, doch das Verhältnis zwischen den strukturierenden Grundsätzen erfolgt vor allem bei ihrer Umsetzung durch die Richter der Union und der Mitgliedstaaten. Diese Richter werden eine wichtige Rolle bei der Festlegung und Artikulation der strukturierenden Grundsätze der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen spielen.

Es wird also darum gehen, die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu untersuchen. Diese stellte ursprünglich eine absolute Vermutung des gegenseitigen Vertrauens auf, akzeptierte aber schließlich einen konkreteren Schutz der Grundrechte, da ansonsten die Gefahr bestand, dass der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts in Frage gestellt werden könnte. Die Grundrechte erschienen daher zunächst als ein begrenztes Instrument zur Entwicklung des EU-Rechts und dann zunehmend als ein Element seiner Autonomie. Der EuGH beansprucht eine immer größere Form der „Selbstgenügsamkeit“.

Dennoch stellt sich die Frage, wie der Schutz der EU-Grundrechte, wie er im EU-Recht und vom EuGH definiert wird, von anderen Akteuren der justiziellen

²⁹⁹⁶ Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten - Stellungnahmen bestimmter Mitgliedstaaten zur Annahme des Rahmenbeschlusses. (EuHb-Rahmenbeschluss)

²⁹⁹⁷ Richtlinie 2014/41/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen. (EEA-Richtlinie)

²⁹⁹⁸ Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA).

Zusammenarbeit in Strafsachen aufgenommen und akzeptiert wird. So wird es notwendig sein, die jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu berücksichtigen. Die nationalen Verfassungsgerichte oder obersten Gerichte sind ebenfalls betroffen. In diesem Rahmen soll die Frage nach dem Verhältnis zwischen Verfassungsidentität oder Menschenrechten und der Beanspruchung des Vorrangs und der Autonomie des EU-Rechts behandelt werden. Auf nationaler Ebene wird sich die Arbeit auf das nationale Recht und die Haltung der deutschen und französischen obersten Gerichtshöfe oder Verfassungsgerichte stützen. Die Rechtsprechung des EGMR und der obersten Gerichte wird beobachtet, um die derzeit gewählte Artikulation der strukturierenden Grundsätze der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zu bewerten.

Die daraus gezogenen Schlussfolgerungen sollen als Grundlage für die dann folgende Befassung mit der Europäischen Staatsanwaltschaft genommen werden. Die Europäische Staatsanwaltschaft ist ein neues europäisches Organ, das die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen stärken soll und auf den „europäisierten“ Schutz der eigenen finanziellen Interessen der Europäischen Union abzielt.

Die gleichen strukturierenden Grundsätze des Vorrangs, der Achtung der Grundrechte und des gegenseitigen Vertrauens sollen diese Errichtung prägen. Sie werden im Rahmen der besonderen Merkmale der Europäischen Staatsanwaltschaft in besonderer Weise zum Ausdruck kommen. Die Organisation und Struktur der Europäischen Staatsanwaltschaft sowie die Definition ihrer Zuständigkeiten und Befugnisse werden zu untersuchen sein, um festzustellen, ob eine überzeugende Fallbearbeitung sowohl in Bezug auf Effizienz, Autonomie als auch Gültigkeit gewährleistet wird. Da es sich um eine neue Stufe der Integration handelt, kann erwartet werden, dass der Schutz der Grundrechte wichtig ist und angemessen berücksichtigt werden sollte. Der Grundsatz des Vorrangs sollte sich seinerseits auf ein ausreichend harmonisiertes Unionsrecht stützen können, um das geltende Recht in Bezug auf Ermittlungen und Strafverfolgung sowie den Schutz der Grundrechte wirksam vereinheitlichen und autonomisieren zu können. Schließlich sollte auch im Rahmen der Tätigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft eine Form von Vertrauen zum Ausdruck kommen, sowohl gegenüber der Europäischen Staatsanwaltschaft als auch zwischen den Mitgliedstaaten. Die Vermutung eines grundsätzlich ausreichenden und gleichwertigen Schutzes der Grundrechte würde die Wirksamkeit des Handelns der Staatsanwaltschaft unterstützen.

Die Untersuchung beschränkt sich auf die Verordnung zur Errichtung der Behörde und, soweit relevant, auf die Geschäftsordnung der Europäischen Staatsanwaltschaft sowie auf das europäische oder nationale Recht, auf das sie verweist.

Die vorliegende Dissertation ist in zwei verschiedenen Teile aufgebaut. Der erste Teil wird versuchen, ein theoretisches „Leseraster“ für die Interaktionen zwischen den strukturierenden Grundsätze im Rahmen der Umsetzung des EuHb und der EEA herauszuarbeiten (**Teil 1**). Dieses Raster soll ein Verständnis dafür schaffen, welche Grundlagen notwendig sind und welche Schwierigkeiten bei der Funktionsweise der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen im Hinblick auf ihre Ziele bestehen. Der zweite Teil wird die anhaltenden praktischen Schwierigkeiten der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen im Hinblick auf das Verhältnis zwischen den strukturierenden Grundsätzen verdeutlichen (**Teil 2**).

TEIL I: Das theoretische Verhältnis zwischen den strukturierenden Grundsätzen: eine Anpassung im Hinblick auf die Grundrechte

Der Grundsatz der Achtung der Grundrechte war lange Zeit ein unterschätztes und vereinfachtes Thema im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen. Heute stellt er erneut eine Herausforderung dar. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens wurde daher angepasst und ergänzt (**Kapitel 1**). Sodann bleibt die Beziehung zwischen dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts und dem Grundsatz der Achtung der Grundrechte unklar. Die Grundrechte sind bisweilen ein Mittel zur Stärkung und bisweilen ein Mittel zur Voraussetzung oder zur Einschränkung des Vorrangs des Unionsrechts (**Kapitel 2**).

Kapitel 1: Die Vertiefung des gegenseitigen Vertrauens: von der formalen Verpflichtung zur konkreten Ausnahme aufgrund des Schutzes der Grundrechte

Um die größtmögliche Wirksamkeit zu gewährleisten, nimmt der EuGH eine formale Verpflichtung zum gegenseitigen Vertrauen an, die auf der Vermutung eines gleichwertigen Schutzes der Grundrechte beruht (**Abschnitt 1**). Aufgrund des Ungleichgewichts zwischen dem geforderten gegenseitigen Vertrauen und der konkret gewährleisteten Achtung der Grundrechte musste der EuGH dennoch einen konkreten Grundrechtsschutz definieren. Mit der Anerkennung eines Grundes für die Nichtvollstreckung des EuHb (und der EEA) in Bezug auf die Grundrechte wird eine Ausnahme vom gegenseitigen Vertrauen eingeführt (**Abschnitt 2**).

Abschnitt 1: Ein hohes gegenseitiges Vertrauen: der zunächst vermutete und abstrakte Schutz der Grundrechte

Das gegenseitige Vertrauen wird grundsätzlich als eine Gegebenheit der Integration betrachtet. Seine theoretische Grundlage liegt in der Gewährleistung der Grundrechte durch die Texte des EU-Rechts (**1**). Durch einen gemeinsamen Bezugsrahmen ist es möglich, eine Vermutung der Gleichwertigkeit des Schutzes zwischen den nationalen Rechtssystemen zu entwickeln.

Zweitens behauptet der EuGH, dass es ein hohes Vertrauen gibt. In Wahrheit hat er zunächst eine (quasi-)unwiderlegbare Vermutung des gegenseitigen Vertrauens entwickelt

(2). Der Schutz der Grundrechte blieb damals in der Praxis ebenfalls weitgehend abstrakt. Erst später wurde ein relativeres gegenseitiges Vertrauen in Betracht gezogen.

1) Der textlich niedergelegte Schutz der Grundrechte, Grundlage für das gegenseitige Vertrauen

Die Bestätigung eines ausreichenden oder angemessenen Grundrechtsschutzes durch das Unionsrecht solle die technische Wirksamkeit des EuHb und der EEA aufwiegen und rechtfertigen²⁹⁹⁹. Textlich werden die Grundrechte auf verschiedenen Ebenen des EU-Rechts gewährleistet: im EUV **(a)**, in der GR-Charta **(b)** und in den Richtlinien über das Recht auf ein faires Verfahren **(c)**.

a) EUV: eine autonome und integrierte Schutzrechtsordnung

Der EUV schafft die Grundlage für eine schützende und autonome, wenn auch integrierte Rechtsordnung, die gegenseitiges Vertrauen ermöglicht. Er legt somit die Grundwerte der Union fest, die all ihren Protagonisten gemeinsam sind. Artikel 2 EUV ist die Quelle der Anerkennung der Grundrechte im Unionsrecht. Die Anerkennung gemeinsamer Werte als Grundlage für gegenseitiges Vertrauen wirft jedoch einige Schwierigkeiten auf. Es ist möglich, dass diese Werte aufgrund der unterschiedlichen Rechtskulturen und -traditionen der Mitgliedstaaten unterschiedlich verstanden werden³⁰⁰⁰. Darüber hinaus ist die Achtung der gemeinsamen Werte, insbesondere der Grundrechte, ebenfalls ein Ziel, das es zu verfolgen gilt³⁰⁰¹. Dieser Umstand wird die Forderung nach Ausnahmen von der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens nähren.

Es gibt also eine spezifische und eigene Identität der Europäischen Union, die auf den Grundrechten beruht. Diese kann dann mit der Identität der Mitgliedstaaten koordiniert werden, wie es in Artikel 6 EUV festgelegt ist. Diese Identität umfasst zuerst die Grundrechte der EU-Charta³⁰⁰², die am Prozess der Konstitutionalisierung der Europäischen Union beteiligt ist. Die Mindeststandards der EMRK und die Grundrechte

²⁹⁹⁹ Der EuHb und die EEA erklären, dass sie sich den Grundwerten und Grundrechten verpflichtet fühlen. Dies wird im Rahmenbeschluss und in der Richtlinie vor allem durch Verweise auf andere Texte bekräftigt.

³⁰⁰⁰ Siehe z.B. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats, 2 BvR 2735/14, 15. Dezember 2015 zur Menschenwürde.

³⁰⁰¹ Artikel 3(1)(2)(5) EUV.

³⁰⁰² Artikel 6(1) EUV.

der nationalen Rechtsordnungen werden als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts aufgenommen. Der Gerichtshof hat weitgehend die Kontrolle darüber, in welchem Umfang sie berücksichtigt werden.

Artikel 4(2) EUV wird dennoch von den nationalen Gerichten herangezogen, um die Verfassungsidentität ihrer mitgliedstaatlichen Verfassungsordnung durchzusetzen. Die Verfassungsidentität ist ein Zugang für die eigenen Grundsätze, Werte und Grundrechte der Mitgliedstaaten, während das Unionsrecht versucht, diese im Rahmen des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens zu „glätten“. Die Frage der (Nicht-)Anerkennung des nationalen Schutzes und der Verfassungsidentitäten bleibt eine besondere Herausforderung.

b) Die GR-Charta als spezialisierter Text der Union

Die EU-Charta unterstreicht die „europäische“ Besonderheit des Schutzes der Unionsgrundrechte und wird vom EuGH angewandt, um die Merkmale eines eigenständigen Schutzes festzulegen. Eine Artikelreihe listet die Grundrechte der Europäischen Union auf. Dies ermöglicht es, den Schutz zu definieren, auf den sich die Vertrauensvermutung stützt. Die meisten Vorschriften, die für die Durchführung des EuHb und der EEA relevant sind, finden sich in den Titeln über die „Würde des Menschen“, „Freiheiten“ oder „Justiziellen Rechte“³⁰⁰³.

Die GR-Charta sieht selbst vor, welches Schutzniveau gewährt werden kann und welchen Anwendungsbereich sie hat³⁰⁰⁴. Damit erhält der EuGH die notwendigen Instrumente, um den „EU“-Schutz der Grundrechte zu beherrschen. Die Charta richtet sich an alle Beteiligten in der Union, einschließlich der Mitgliedstaaten, wenn sie das Unionsrecht umsetzen³⁰⁰⁵. Wenn die Grundrechte der Charta Anwendung finden, kann ihr Schutz angepasst werden. Der Artikel 52(1) der GR-Charta erlaubt eine Abwägung der Grundrechte mit den wesentlichen Zielen und Herausforderungen der Union, wie dem europäischen Allgemeininteresse an der Bekämpfung der schweren Kriminalität. Die mögliche Anpassung des Grundrechtsschutzes kann jedoch problematisch sein, wenn sie zu einem übermäßig eingeschränkten Schutz führt. Der durch die Union gebotene Schutz soll mindestens genauso schützend sein wie der Schutz, der von der EMRK geboten

³⁰⁰³ Titel 1, 2 und 6 der GR-Charta.

³⁰⁰⁴ Titel 7 der GR-Charta.

³⁰⁰⁵ Artikel 51(1) der GR-Charta. Der EuGH hat die Formulierung "bei der Durchführung des Rechts der Union" weit ausgelegt.

wird³⁰⁰⁶. Die EU-Grundrechte können gegebenenfalls auch im Einklang mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ausgelegt werden³⁰⁰⁷. Schließlich wird in Artikel 53 GR-Charta der Schutz der Grundrechte zwischen dem nationalen Recht, dem europäischen Recht und dem Völkerrecht aufgeteilt und koordiniert. Diese Bestimmung enthält ein Störpotenzial, das der EuGH genutzt hat, um die Anwendung der Unionsgrundrechte zu fördern³⁰⁰⁸.

c) Die Minimalverwirklichung durch die Richtlinien über die Verfahrensrechte im Strafverfahren

Der europäische Gesetzgeber hat Richtlinien erlassen, um bestimmte Aspekte des Rechts auf ein faires Verfahren und der Verteidigungsrechte zu konkretisieren³⁰⁰⁹. Die Festlegung dieser Mindestvorschriften³⁰¹⁰ dient dazu, die Grundlagen des gegenseitigen Vertrauens zu stärken.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Harmonisierung und der Schutz ausreichend sind. Es handelt sich um eine Minimalverwirklichung, so dass das Verfahren nicht übermäßig behindert oder sogar erleichtert wird. Die Einheitlichkeit ist nicht gewährleistet, und es fehlen immer noch harmonisierte Mindeststandards für die Untersuchungshaft und die Zulässigkeit von Beweisen. Die Richtlinien beschränken sich auch im Wesentlichen darauf, die Rechtsprechung des EGMR zu übernehmen, obwohl das geforderte gegenseitige Vertrauen hoch ist. Sie berücksichtigen auch die Rechtstraditionen und -systeme der Mitgliedstaaten und lassen teilweise erheblichen

³⁰⁰⁶ Artikel 52(3) der GR-Charta.

³⁰⁰⁷ Artikel 52(4) der GR-Charta.

³⁰⁰⁸ EuGH (Große Kammer), *Stefano Melloni gegen Ministerio Fiscal*, 26. Februar 2013. Rs. C-399/11. Siehe unten Teil I Kapitel II Abschnitt 1, 1). Im Folgenden "*Melloni-Urteil*" oder "*Urteil Melloni*".

³⁰⁰⁹ Richtlinie 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren ; Richtlinie 2013/48/UE über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs ; Richtlinie (UE) 2016/343 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren ; Richtlinie (UE) 2016/800 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind ; Richtlinie (UE) 2016/1919 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls.

³⁰¹⁰ Ausgedrückt in Artikel 82(2) AEUV und wiederholt in den Richtlinien.

Spielraum für die Umsetzung³⁰¹¹. So können die Mitgliedstaaten beispielsweise beschließen, die Richtlinie 2016/800/EU nicht anzuwenden, wenn die betroffene Person nur 21 Jahre alt ist. Die Richtlinie hat im Übrigen keine Auswirkungen auf die nationalen Vorschriften, die das Alter der strafrechtlichen Verantwortlichkeit festlegen³⁰¹². Die Existenz von mehreren Texten im Zusammenhang mit der Verfahrensgerechtigkeit führt zu einer Zersplitterung der Verteidigungsrechte, die ihre effektive Ausübung erschweren kann³⁰¹³. Dieses Phänomen wird durch die Festlegung eines begrenzten Anwendungsbereichs der Richtlinien und die manchmal unterschiedliche Anwendung der Bestimmungen innerhalb dieser Richtlinien noch verstärkt³⁰¹⁴.

Der EuGH hat also eine schwer anfechtbare, wenn auch unvollkommene Grundlage für die Vermutung des gegenseitigen Vertrauens gewählt. Er verstärkt diese Vermutung des gegenseitigen Vertrauens noch dadurch, dass sie nicht in Frage gestellt werden kann.

2) Eine starke Vermutung des gegenseitigen Vertrauens: von einer (Quasi-)Unwiderlegbarkeit zu einer außergewöhnlichen Widerlegbarkeit

In seinem ersten formalen Ansatz hat der EuGH in der Praxis eine (quasi-)unwiderlegbare Vermutung des gegenseitigen Vertrauens angenommen. Eine generelle Aussetzung der Wirkungen der gegenseitigen Vertrauensvermutung ist nur durch ein ungeeignetes politisches Verfahren denkbar, das unmöglich umzusetzen ist **(a)**. Darüber hinaus hat sich der EuGH lange Zeit geweigert, einen punktuellen Rechtsgrund für die Nichtvollstreckung anzuerkennen, der sich auf die Verletzung von Grundrechten bezieht **(b)**. Der EuGH hat den konkreten Schutz der Grundrechte absichtlich zugunsten der Stärke der gegenseitigen Vertrauensvermutung reduziert.

³⁰¹¹ Siehe z. B. Richtlinie 2013/48/EU, Erwägungsgründe Nr. 43, 44.

³⁰¹² Artikel 2(5) der Richtlinie 2016/800/EU.

³⁰¹³ z. B. siehe Richtlinie 2016/800/EU, Erwägungsgrund Nr. 18; Richtlinie 2016/1919/EU, Erwägungsgrund Nr. 1 und Artikel 1(2).

³⁰¹⁴ Siehe z. B. Richtlinie 2010/64/EU, Erwägungsgrund Nr. 15 ; Richtlinie (EU) 2016/343, Artikel 7.

a) Die Unwiderlegbarkeit der Vermutung gegenseitigen Vertrauens in ihrer Gesamtheit: die politische Blockade

Artikel 7 EUV sieht zwei Verfahren zum Schutz des politischen und institutionellen Funktionierens der Europäischen Union vor, das von den Werten des Artikels 2 EUV geprägt ist. Die institutionellen Akteure sind politisch und vertreten die Interessen der Staaten oder die Interessen der Europäischen Union. Die Mitgliedstaaten sind weitgehend Richter und Parteien, was problematisch ist.

Das erste Verfahren ist präventiv und von Verhandlungen geprägt³⁰¹⁵. Es zielt also nicht auf die in Erwägungsgrund Nr. 10 des EuHb-Rahmenbeschlusses vorgesehene Möglichkeit einer schwerwiegenden und offensichtlichen Verletzung der Grundrechte ab. Es kann daher nicht zu einer Sanktion führen. Die Feststellung einer derart schwerwiegenden Gefahr sollte jedoch angesichts des Gedankens des gegenseitigen Vertrauens berücksichtigt werden. In seinem *LM*-Urteil berücksichtigte endlich der EuGH die Feststellung des Risikos einer Verletzung, jedoch in einer umschriebenen Weise³⁰¹⁶. Es ist ein Element der Kontrolle der Anwendung des außergewöhnlichen Grundes für die Nichtvollstreckung des EuHb sein, der sich auf die Grundrechte stützt. Die im Kommissionsvorschlag enthaltenen Informationen sind besonders relevant für die Beurteilung des Vorliegens von systemischen Mängeln im Rahmen der *in-abstracto*-Kontrolle.

Die Vermutung des gegenseitigen Vertrauens kann dann im ausstellenden Mitgliedstaat nur dann insgesamt ausgesetzt werden, wenn eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung der in Artikel 2 genannten Werte vorliegt, die gemäß Artikel 7 Absatz 2 des EU-Vertrags festgestellt wurde. Ein Beschluss des Europäischen Rates, dem die Aussetzung der Anwendung des Rahmenbeschlusses folgt, führt dazu, dass die vollstreckende Justizbehörde automatisch die Vollstreckung eines von diesem Mitgliedstaat ausgestellten EuHb verweigert. Dies ist gleichbedeutend mit einer generellen Aussetzung der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens. Die Möglichkeit der Anwendung von Artikel 7(2) EUV ist nicht nur eine theoretische Frage. Die Rechtsstaatlichkeit, die mit der Achtung der Grundrechte verbunden ist, wird in Ungarn und Polen oder in jüngerer Zeit in Rumänien und Malta in Frage gestellt. Keines der eingeleiteten Verfahren war aber bisher erfolgreich.

³⁰¹⁵ Artikel 7(1) EUV.

³⁰¹⁶ EuGH (Große Kammer), *LM*, 25. Juli 2018, Rs. C-216/18 PPU. Die Einzelheiten der Methodik der zweistufigen Prüfung werden unten erläutert. Im Folgenden "*LM*-Urteil" oder "*Urteil LM*".

Der EuGH hat auch lange Zeit abgelehnt, dass die Vermutung des gegenseitigen Vertrauens punktuell in Frage gestellt werden kann.

b) Die erstmalige Ablehnung einer punktuellen gerichtlichen Alternative: Das Fehlen eines Grund für die Nichtvollstreckung des EuHb

In der Anfangsphase der Durchführung des EuHb lehnte es der EuGH kategorisch ab, Grundrechte als Begründung für die Nichtvollstreckung des EuHb anzuerkennen, da die Vermutung des gegenseitigen Vertrauens eine große Rolle spielte. Die Vermutung blieb selbst in Einzelfällen (nahezu) unwiderlegbar.

Im sogenannten Radu-Urteil stellen die Bestimmungen der Artikel 3, 4 und 4bis des Rahmenbeschlusses eine erschöpfende Liste von Gründen für die Nichtvollstreckung dar³⁰¹⁷. Einige dieser Gründe konkretisieren in begrenztem Maße bestimmte Garantien, aber es gibt keinen allgemeinen Grund, der auf der Verletzung von Grundrechten beruht³⁰¹⁸. Der EuGH lehnte es daraufhin ab, die Liste der Gründe zu erweitern. Die Vermutung des gegenseitigen Vertrauens ist nicht punktuell aufgrund einer Verletzung eines Grundrechts des EU-Rechts widerlegbar. Die besondere Stärke der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens wird im Hinblick auf die Beschränkung ihrer Ausnahmen bestätigt. Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass ein bereits ausreichender und GR-Charta-konformer Schutz geboten wird. Um zu dieser Schlussfolgerung zu gelangen, konfrontiert der EuGH die GR-Charta mit dem Rahmenbeschluss, aber auch mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens.

In seinem *Melloni*-Urteil schließt der EuGH bei der Auslegung von Artikel 53 der Charta den höheren konkreten und punktuellen Schutz der nationalen Grundrechte aus³⁰¹⁹. Der EuGH lehnt jeden Grund für die Nichtvollstreckung des EuHb ab, der auf nationalen Grundrechten beruht. Ein solcher Grund würde über die Suche nach der Gleichwertigkeit des Schutzes und ihrer Gewährleistung hinausgehen. Sich auf das Schutzniveau der Grundrechte der EU stützend, das er für ausreichend hält, konnte der

³⁰¹⁷ EuGH (Große Kammer), *Ciprian Vasile Radu*, vom 29. Januar 2013, Rs. C- 396/1111. Im Folgenden als "Urteil Radu" bezeichnet.

³⁰¹⁸ Artikel 4(4) und (7) EuHb-Rahmenbeschluss. Die bestehenden Gründe beschränken sich hauptsächlich auf Elemente, die sich auf den Grundsatz *ne bis in idem* oder das Legalitätsprinzip beziehen. Ansonsten gibt es noch den Grund, der sich auf das Alter der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Art. 3(3) EuHb-Rahmenbeschluss in Verbindung mit den Rechten des Kindes in Art. 24 EUGR-Charta bezieht.

³⁰¹⁹ EuGH (Große Kammer), *Stefano Melloni gegen Ministerio Fiscal*, 26. Februar 2013, Rs. C- 399/11. Im Folgenden "Urteil *Melloni*".

EuGH zu der Schlussfolgerung kommen, dass ein höherer Schutz nicht erforderlich ist. Ein höherer konkreter nationaler Schutz ist nur zulässig, wenn der Grundsatz der Achtung der Grundrechte vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und dem Grundsatz des Vorrangs abgekoppelt wird. Die Anwendung des nationalen Schutzstandards darf dann nicht unter in der Charta vorgesehenen Schutzniveau liegen. Es ist auch nicht möglich, den nationalen Standard anzuwenden, wenn die gegenseitigen Vorteile in Bezug auf die Effizienz, die sich aus der Kombination des Vorrangprinzips und der gegenseitigen Vertrauensvermutung ergeben, gefährdet sind.

Die Anerkennung eines Rechtsprechungsgrundes für die Nichtvollstreckung, der auf der Verletzung von Grundrechten beruht, wird für den EuGH weiterhin ein Problem darstellen.

Abschnitt 2: Die begrenzte Anerkennung von Ausnahmen vom gegenseitigen Vertrauen: die schrittweise Konkretisierung des Schutzes der Grundrechte

Die formale Dimension des gegenseitigen Vertrauens wurde später durch eine materielle Dimension ergänzt. Nach dieser kann das Vertrauen im Namen der Grundrechte in Frage gestellt werden, um Wirksamkeit und Gültigkeit miteinander in Einklang zu bringen. Die materielle Dimension des gegenseitigen Vertrauens gehört in den Bereich der Ausnahme. Der konkrete Schutz der EU-Grundrechte ist weniger weitreichend als ihr abstrakter Ansatz. Im Rahmen des EuHb schafft der EuGH somit einen Rechtsprechungsgrund für eine zwingende Nichtvollstreckung. Er stützt sich auf bestimmte Grundrechte der Charta und auf Artikel 1 Absatz 3 des Rahmenbeschlusses (1). Außerdem entwickelt der Gerichtshof eine spezifische Methodik, um die Anwendung dieses Grundes zu regeln (2).

1) Die begrenzte Verwirklichung der allgemeinen Verpflichtung zur Achtung der Grundrechte: ein Grund für die Nichtvollstreckung in Bezug auf bestimmte Unionsgrundrechte

Der EuGH kombinierte Art. 1 Abs. 3 des EuHaftbefehl-Rahmenbeschlusses mit Art. 4 der GR-Charta, um einen Grund für die Nichtvollstreckung des EuHb einzuführen, der auf den konkreten Schutz eines absoluten individuellen Rechts abzielt (a). Er weitete dann

seinen Grund für die Nichtvollstreckung auf Art. 47 Abs. 2 der GR-Charta aus, um den wesentlichen Inhalt eines Verfahrensrechts zu verwirklichen **(b)**.

a) Die Verwirklichung des absoluten Verbots der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung und der Folter in Art. 4 GR-Charta

Der EuGH schafft in seinem *Aranyosi und Căldăraru*-Urteil vom 5. April 2016 einen Rechtsprechungsgrund für die Nichtvollstreckung der EuHb in Bezug auf die Grundrechte³⁰²⁰. Hat die Justizbehörde des Vollstreckungsmitgliedstaats Grund zu der Annahme, dass aufgrund der im Ausstellungsmitgliedstaat gegebenen Haftbedingungen der Person, um deren Übergabe ersucht wird, tatsächlich die Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung besteht, wird ihre Kontrolle in diesem Punkt ausnahmsweise ausgeweitet. Besteht eine solche Gefahr, muss die Vollstreckung des EAW verweigert werden. Diese Begründung stützt sich auf Art. 1 Abs. 3 EuHb-Rahmenbeschluss und Art. 4 GR-Charta.

Diese Anerkennung erfolgt vor dem Hintergrund eines weit verbreiteten Mangels an Vertrauen seitens der deutschen Gerichte³⁰²¹. Das vorliegende Gericht war der Ansicht, dass die Haftbedingungen im Falle einer Übergabe gegen Artikel 3 EMRK verstoßen würden³⁰²². Der EuGH erkennt also an, dass der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten unter außergewöhnlichen Umständen auf der Grundlage von Artikel 1(3) DC MAE eingeschränkt werden kann. Damit geht er nicht mehr von einem blinden gegenseitigen Vertrauen aus, sondern von einem allgemeinen gegenseitigen Vertrauen, das begrenzte Ausnahmen kennt. Die Wahl eines außergewöhnlichen Ablehnungsgrundes ist Teil eines besonderen, angemessenen Schutzes der Grundrechte der Europäischen Union. Aufgrund der Art des Ablehnungsgrundes wird die konkrete Anwendung von Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses einen konkreten, aber eingeschränkten Schutz der Grundrechte bieten. Der EuGH kombiniert diese allgemeine

³⁰²⁰ EuGH (Große Kammer), *Pál Aranyosi und Robert Căldăraru*, 5. April 2016, verbundene Rs. C- 404/15 und C-659/15 PPU. Später präzisierte er seine Rechtsprechung : EuGH (Erste Kammer), *ML*, 25. Juli 2018, Rs. C-220/18 PPU. ; EuGH (Große Kammer), *Dumitru-Tudor Dorobantu*, 15. Oktober 2019, Rs. C-128/18. Im Folgenden "Urteil *ML*" und "Urteil *Dorobantu*".

³⁰²¹ Kurz vor diesem Fall hatte das deutsche Verfassungsgericht in einem Beschluss vom 15. Dezember 2015 ein starkes Signal gesetzt und die Vollstreckung eines EuBH aufgrund eines fehlenden effektiven und ausreichenden Schutzes der Grundrechte abgelehnt.

³⁰²² Sollte sich der EuGH nicht mit der Frage befassen, würde das deutsche Gericht die Klausel des § 73 IRG und Artikel 3 EMRK anwenden.

Verpflichtung mit dem präziseren Artikel 4 GR-Charta³⁰²³. Die Charta ist anwendbar und ermöglicht eine effektive Verwirklichung des Grundsatzes der Achtung der Grundrechte, während sie gleichzeitig einen (eingeschränkten) Parallelismus zwischen den Grundlagen und den Ausnahmen des gegenseitigen Vertrauens festlegt.

Der EuGH betont den absoluten Charakter des beobachteten Rechts und die spezifische Verbindung dieses Rechts mit der Menschenwürde, die seinen gezielten und konkreten Schutz rechtfertigt. Durch die Verbindung der Menschenwürde mit Art. 1 und 4 der GR-Charta konkretisiert der EuGH diesen gemeinsamen Grundwert der EU aus Art. 2 EUV und verleiht dem Grundrecht aus Art. 4 der GR-Charta eine besondere Bedeutung.

In späteren Verfahren lässt er auch den Schutz einer anderen Art von EU-Grundrecht zu.

b) Die Prozeduralisierung des Schutzes im Rahmen des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 47 Abs. 2 GR-Charta

Der EuGH hat die einschlägigen Ablehnungsgründe um die echte Gefahr einer Verletzung des Grundrechts auf ein unabhängiges Gericht und damit des Wesensgehalts des Grundrechts auf ein faires Verfahren nach Artikel 47(2) der Charta erweitert³⁰²⁴. Der EuGH erkennt damit einen Ablehnungsgrund an, der sich auf ein „Verfahrensrecht“ bezieht, das letztlich eine allgemeine Verstärkung des gegenseitigen Vertrauens ermöglicht. Das Grundrecht auf ein faires Verfahren ist mit dem Grundrecht auf ein unabhängiges Gericht verbunden, das direkter betroffen ist. Die Garantie des Wesensgehalts des Rechts auf ein faires Verfahren gewährleistet die Verwirklichung aller anderen Grundrechte, die mit der Person verbunden sind, indem sie bestimmte strukturelle Garantien vorschreibt. In diesem Rahmen fällt die Forderung nach der Unabhängigkeit der Richter unter den wesentlichen, gewissermaßen absoluten Inhalt des Rechts auf ein faires Verfahren.

Die Verbindung der Rechtsstaatlichkeit mit den Grundrechten bereichert die Vertrauensvermutung und dadurch die materielle Dimension des gegenseitigen Vertrauens. Im Rahmen außergewöhnlicher Umstände kann der EuGH somit die

³⁰²³ EuGH, *Aranyosi*, Rn. 84 und 88.

Der EuGH könnte denselben Ansatz in Bezug auf Art. 11 Abs. 1 Buchst. f der EEA-Richtlinie durchsetzen. Die GR-Charta wird in dieser Begründung übrigens ausdrücklich genannt.

³⁰²⁴ EuGH (Große Kammer), *LM*, 25. Juli 2018, Rs. C-216/18 PPU; EuGH (Große Kammer), *L und P*, 17. Dezember 2020, verbundene Rs C-354/20 PPU und C-412/20 PPU.

allgemeine Funktionsweise des europäischen Systems untersuchen, um daraus die spezifischen Konsequenzen in Bezug auf den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zu ziehen. Auch im *LM*-Fall geht der EuGH über Art. 47 Abs. 2 EUGR-Charta vor. Danach ist das Recht auf ein faires Verfahren von zentraler Bedeutung für die Legitimität und Gültigkeit individueller Entscheidungen und den allgemeinen Zusammenhalt der Justiz in der Europäischen Union³⁰²⁵. Die Existenz einer effektiven gerichtlichen Kontrolle, die die Einhaltung der Unionsgrundrechte sicherstellen soll, ist einem europäischen Rechtsstaat inhärent³⁰²⁶. Eine der Voraussetzungen für diesen effektiven gerichtlichen Schutz ist die Unabhängigkeit der gerichtlichen Instanzen. Weiterhin besteht die Vermutung eines wirksamen und unabhängigen gerichtlichen Schutzes, die sich in die Vermutung des Schutzes der Grundrechte einschreibt. Dadurch dass der EuGH zustimmt, den Grund für die Verweigerung der Vollstreckung des EuHb zu erweitern, wird die Vermutung des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes widerlegbar und die Gewährleistung dieser Anforderung konkretisiert³⁰²⁷.

Nachdem er einen solchen Grund anerkannt hat, schreibt der EuGH eine bestimmte Methodik vor, um seine Anwendung zu begrenzen.

2) Die Voraussetzungen für die Anwendung des Grundes der Nichtvollstreckung: eine Verwirklichung der Grundrechte unter einer strikten Ausnahme

Die vollstreckende Justizbehörde muss im Rahmen einer zweistufigen Kontrolle feststellen, dass eine echte Gefahr einer Verletzung der geschützten Rechte besteht. Sie muss also eine *in-abstracto*-Prüfung des echten Risikos **(a)** und anschließend eine *in-concreto*-Prüfung **(b)** vornehmen. Der konkrete Schutz der Grundrechte wird in diesem Rahmen eingeschränkt, aber auch präzisiert. Die Widerlegbarkeit der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens ist außergewöhnlich und punktuell.

³⁰²⁵ A. VON BOGDANDY, „Fundamentals on Defending European Values“, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/fundamentals-on-defending-european-values/>, 2019

³⁰²⁶ E. CARPANO, „La définition du standard européen de l'État de droit“, *RTD Eur.* 2019, Seiten 255-272.

³⁰²⁷ EuGH, *LM*, Rn 59.

a) Die *in-abstracto*-Prüfung der Achtung der Grundrechte: die Gewährleistung einer außergewöhnlichen Widerlegbarkeit der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens

Der erste obligatorische Schritt besteht darin, nachzuweisen, dass es in dem ausstellenden Mitgliedstaat systemische oder allgemeine Mängel in Bezug auf die Haftbedingungen³⁰²⁸ oder die Unabhängigkeit der Gerichte³⁰²⁹ gibt. Die *in-abstracto*-Prüfung bescheinigt eine außergewöhnlich schlimme allgemeine Situation innerhalb eines ausstellenden Mitgliedstaates. Damit soll das Eindringen in das Justizsystem dieses Mitgliedstaates eingeschränkt, aber auch gerechtfertigt werden³⁰³⁰. Ein konkreter Schutz ist nur in außergewöhnlich problematischen Fällen zulässig. Aufgrund des gegenseitigen Vertrauens sollte eine solche Kontrolle nicht automatisch erfolgen, sondern nur auf eine erste Darlegung der betroffenen Person folgen³⁰³¹. Bei der Kontrolle muss sich die Justizbehörde auf objektive, zuverlässige, genaue und aktuelle Informationen über die Haftbedingungen oder die Funktionsweise des Justizsystems stützen³⁰³². Ein so schwerwiegender Vorwurf wie der des systemischen Versagens in Bezug auf ein Grundrecht erfordert eine solide Beweislage, die schwer zu bestreiten ist.

Die Entwicklung einer *in-abstracto*-Kontrolle ermöglicht es, allgemeine Anforderungen an die Justizsysteme der Mitgliedstaaten zu stellen. Sie sollen längerfristig die Vereinheitlichung des konkreten Schutzes und das gegenseitige Vertrauen verstärken. Bei der Überprüfung des echten Risikos einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung dürfen die Durchführungsmodalitäten der Maßnahme den Betroffenen keiner Bürde oder Last aussetzen, deren Intensität über das dem Freiheitsentzug unvermeidlich innewohnende Maß des Leidens hinausgeht³⁰³³. Die *in-abstracto*-Kontrolle festigt die Rechtsstaatlichkeit durch den Standard des Art. 47(2) der Charta. Der EuGH legt die Kriterien für die Bewertung der systemischen (Nicht-)Unabhängigkeit der gerichtlichen Gewalt fest. Die betreffende Einrichtung muss ihre Funktionen in völliger Autonomie ausüben, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu

³⁰²⁸ EuGH, *Aranyosi*, Rn. 89 ; EuGH, *ML*, Rn. 60 ; EuGH, *Dorobantu*, Rn. 52.

³⁰²⁹ EuGH, *LM*, Rn. 61 ; EuGH, *L und P*, Rn. 54.

³⁰³⁰ M. WENDEL, „ Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM “, *European Constitutional Law Review* 2019, Volume 15, Issue 1, S. 17-48.

³⁰³¹ EuGH, *Aranyosi*, Rn. 88 ; EuGH, *ML*, Rn. 59 ; EuGH, *Dorobantu*, Rn. 51.

³⁰³² EuGH, *Aranyosi*, Rn. 89 ; EuGH, *ML*, Rn 60 ; EuGH, *Dorobantu*, Rn. 52 ; EuGH, *LM*, Rn 61.

³⁰³³ EuGH, *Aranyosi*, Rn. 90.

sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, so dass sie auf diese Weise vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist³⁰³⁴. Institutionelle Regeln müssen diese Unabhängigkeit (und Unparteilichkeit) gewährleisten. Der EuGH gibt dem Kriterium der richterlichen Unabhängigkeit einen präzisen Inhalt, der sich jedoch nicht auf die Justizbehörden des EuHb bezieht, deren angemessene Unabhängigkeit eine Vorbedingung für die Gültigkeit des EuHb ist³⁰³⁵.

Danach folgt der zweite Schritt der Kontrolle.

b) Die *in-concreto*-Prüfung der Achtung der Grundrechte: die Gewährleistung der punktuellen Widerlegbarkeit der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens

Die vollstreckende Justizbehörde nimmt eine zweite Prüfung, die *in-concreto*-Prüfung, vor. Sie prüft, ob ein individuelles Risiko besteht, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt zu werden³⁰³⁶ oder dass der Wesensgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren verletzt wird³⁰³⁷. Das Erfordernis des individuellen Risikos legt den punktuellen Charakter der Widerlegung der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens fest. Der konkrete Schutz der Grundrechte wird enger auf den Schutz der Rechte der übergebenen Person gerichtet. Diese Kontrolle ermöglicht es somit, die politischen Akteure nicht zu ersetzen und sich gleichzeitig am „Management“ der Schwierigkeiten zu beteiligen, die mit der Krise der Werte der Union verbunden sind. Eine konkrete Beurteilung ist auch dann erforderlich, wenn die Kommission einen Vorschlag nach Artikel 7(1) EUV unterbreitet oder wenn die vollstreckende Justizbehörde der Meinung ist, dass sie eine Verletzung eines Wertes aus Artikel 2 EUV feststellen kann. Diese Elemente erlauben keine automatische und vollständige Aussetzung der Wirkung des gegenseitigen Vertrauens. Sie können jedoch eine Aussetzung im Einzelfall rechtfertigen.

Die *in-concreto*-Prüfung ergänzt die *in-abstracto*-Kontrolle und ihre Kriterien sind auch an der Definition des konkreten Schutzes der Grundrechte und der materiellen Dimension des gegenseitigen Vertrauens beteiligt. Der EuGH hat die Mindestanforderungen und die PrüfungsMethodik des EGMR in Bezug auf

³⁰³⁴ EuGH, *LM*, Rn 63.

³⁰³⁵ Siehe insbesondere EuGH, *L und P*, Rn. 45 bis 48. Auf die Qualifizierung als Justizbehörde wird weiter unten in Teil II Kapitel 1 Abschnitt 1 eingegangen.

³⁰³⁶ EuGH, *Aranyosi*, Rn. 92, 94.

³⁰³⁷ EuGH, *LM*, Rn. 68.

Haftbedingungen übernommen, um festzustellen, ob und wann die geforderte Mindestschwere erreicht ist. Er rechtfertigt damit einen einheitlichen „EU“-Standard im Rahmen der Zusammenarbeit in einem Bereich, für den er auf den ersten Blick nicht zuständig war³⁰³⁸. Zweitens erfordert der Schutz des Wesensgehalts des Rechts auf ein faires Verfahren zwei Elemente zur Einzelfallbewertung des Risikos: die Mängel können die in diesem Fall zuständigen Gerichte betreffen, und die Person hat aufgrund ihrer persönlichen Situation, der Straftat und des faktischen Kontexts, in dem der EuHb ausgestellt wurde, ein spezifisches Risiko gegenüber diesen Gerichten.

Die erforderlichen Informationen können im Rahmen des justiziellen Informationsaustauschsystems gesammelt werden³⁰³⁹. Der EuGH stützt sich dabei auf das gegenseitige Vertrauen zwischen den Justizbehörden³⁰⁴⁰. Es besteht eine Antwortpflicht der vollstreckenden Justizbehörde. Eine angemessene Frist für die Beantwortung und relevante Fragen zum Risiko müssen auch von der ausstellenden Justizbehörde gegeben werden. Die geforderte Anstrengung würde sonst das Ziel der Wirksamkeit des EuHb gefährden. Stellt die vollstreckende Justizbehörde ein individuelles Risiko fest, wird die Vollstreckung des EuHb nur aufgeschoben³⁰⁴¹. Die Justizbehörde verlängert dann ihre Prüfung und informiert sich weiter. Entweder wird das Risiko schließlich ausgeschlossen und der EuHaftbefehl wird vollstreckt³⁰⁴². Oder die vollstreckende Justizbehörde sieht nach einer angemessenen Frist davon ab, den EuHb weiterzuverfolgen³⁰⁴³.

³⁰³⁸ Ágoston Mohay, „Plot twist? Case C-128/18 Dorobantu: detention conditions and the applicability of the ECHR in the EU legal order“, EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/10/plot-twist-case-c-12818-dorobantu.html>, 2019.

³⁰³⁹ EuGH, *ML*, Rn. 79. Verweis auf Artikel 15(2) EuHB-Rahmenbeschluss als letztes Mittel.

³⁰⁴⁰ Eigenschaften der Justizbehörde, die dies in EuGH, *ML*, Nr. 104 rechtfertigen.

³⁰⁴¹ EuGH, *Aranyosi*, Rn. 98 ; EuGH, *ML*, Rn. 65.

³⁰⁴² EuGH, *Aranyosi*, Rn. 103 ; EuGH, *ML*, Rn. 66 ; *a contrario* Lesung von EuGH, *LM*, Rn. 78 ; EuGH, *L und P*, Rn. 61.

³⁰⁴³ EuGH, *Aranyosi*, Rn. 104, letzter Satz ; EuGH, *LM*, Rn. 78 und EuGH, *L und P*, Rn. 61.

KAPITEL 2: Das variabel Verhältnis zwischen Grundrechten und dem Prinzip des Vorrangs in einem mehrstufigen Schutzsystem

Die Bekräftigung oder Bestreitung des absoluten Vorrangs und der Autonomie des Unionsrechts erfolgt auch weitgehend über die Frage des Schutzes der Grundrechte. Auf der europäischen Ebene erscheinen die Grundrechte als ein begrenzter Vektor der Autonomie **(Abschnitt 1)**. Auf der nationalen Ebene sind die Grundrechte ein Vehikel, um den Vorrang und die Autonomie des Unionsrechts in Frage zu stellen, aber auch ein Faktor der Diskussion und der Mitwirkung **(Abschnitt 2)**.

Abschnitt 1: Die Grundrechte der Union: begrenzte Träger der Autonomie und des Vorrangs des Unionsrechts auf der europäischen Ebene

Der EuGH hat den Schutz der Grundrechte in der spezifischen Struktur und im Hinblick auf die Ziele der Union interpretiert. Das Verhältnis zwischen den Grundsätzen des Vorrangs und der Achtung der Grundrechte wird der Autonomie des EU-Rechts immer zuträglich **(1)**. Es bleibt doch die Frage nach dem Ermessensspielraum der Justizbehörden beim autonomen Schutz der EU-Grundrechte **(2)**. Der EuGH kontrolliert diesen Spielraum streng, aber der EGMR bewertet die ausreichende und konkrete Beschaffenheit des EU-Schutzes durch ihn.

1) Die Definition eines „ausreichenden“ autonomen Schutzes durch den EuGH: die schrittweise Ergänzung des Vorrangs und der Unionsgrundrechte

Der EuGH war mit dem uneinheitlichen Schutz der Grundrechte in der EU konfrontiert und musste sich mit dieser Frage befassen, um den Vorrang und die Autonomie des EU-Rechts zu schützen. Daraufhin definierte er selbst einen „ausreichenden“ autonomen Schutz der EU-Grundrechte. Zunächst benutzte der EuGH das Vorrangprinzip, um die Frage des konkreten Grundrechtsschutzes zu vermeiden **(a)**. Später war der EuGH gezwungen, einen grundrechtsbezogenen Grund für die Nichtvollstreckung anzuerkennen, der jedoch das Vorrangprinzip und die Autonomie des Unionsrechts nicht in Frage stellt **(b)**.

a) Die Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung: Vorrang eines abstrakten autonomen Schutzes

Das Verhältnis zwischen dem Grundsatz des Vorrangs des EU-Rechts mit dem Grundsatz der Achtung der Grundrechte in den Urteilen *Radu* und *Melloni* führt zu einer strikten Verpflichtung zur Vollstreckung und einer (fast) automatischen Anerkennung des EuHb³⁰⁴⁴. Durch die Anwendung des Vorrangprinzips auf die eng ausgelegten Bestimmungen des EuHb-Rahmenbeschlusses konnte der EuGH den autonomen, erschöpfenden und außergewöhnlichen Charakter der vorgesehenen Gründe für die Nichtvollstreckung durchsetzen³⁰⁴⁵. Diese Gründe enthalten keine Ablehnungsgründe, die sich auf die Grundrechte der Union beziehen.

In seiner Entscheidung *Melloni* schließt der EuGH zweitens und vor allem alle Gründe für eine Nichtvollstreckung aus, die auf nationalem Recht und/oder einem nationalen Schutzstandard beruhen. Der Grundrechtsschutz der EU, der jedoch sehr abstrakt ist, überwiegt den nationalen Schutz aufgrund der Verbindung der extensiven Auslegung von Art. 51 Abs. 1 GR-Charta³⁰⁴⁶ und der vom Vorrangprinzip beeinflussten Auslegung von Art. 53 GR-Charta. Die Anwendung des Unionsrechts zieht die Anwendung der Grundrechte der Charta nach sich. Dadurch wird sichergestellt, dass der Schutz der Grundrechte bei der Umsetzung des EU-Rechts, insbesondere des EuHb, so autonom wie möglich definiert wird³⁰⁴⁷. Art. 53 GR-Charta ist dann festgelegt, wie dieser EU-Schutz mit dem nationalen Schutz der Mitgliedstaaten interagiert. Der EuGH macht daraus eine für das EU-Recht vorteilhafte Konfliktlösungsregel. Wenn das Handeln der Mitgliedstaaten nicht vollständig durch das Unionsrecht bestimmt wird, aber dennoch eine Umsetzung des EU-Rechts darstellt, ist es theoretisch möglich, die nationalen (und höheren) Schutzstandards anzuwenden³⁰⁴⁸. Dieser nationale Standard darf weder das in der Charta vorgesehene Schutzniveau noch den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit

³⁰⁴⁴ EuGH, *Radu*, Rn. 35 ; EuGH, *Melloni*, Rn. 38.

³⁰⁴⁵ EuGH, *Radu*, Rn. 36 ; EuGH, *Melloni*, Rn. 38, 40.

³⁰⁴⁶ EuGH (Große Kammer), *Åklagaren gegen Hans Åkerberg Fransson*, 26. Februar 2013, Rs. C-617/10.

³⁰⁴⁷ Die unausgesprochene Entscheidung für die Autonomie im *Melloni*-Urteil wird im Urteil *Akerberg* bestätigt. Siehe D. RITLENG, „De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni*“, *RTD Eur.*, 2013, S. 267-292.

³⁰⁴⁸ EuGH, *Åkerberg*, Rn. 29.

des Unionsrechts beeinträchtigen³⁰⁴⁹. Die Regel zur Lösung von Konflikten zwischen EU- und nationalem Schutz hat Vorrang vor der Anwendung der Regel mit dem höchsten Schutzniveau. Die Anwendung eines höheren nationalen Schutzstandards, selbst eines verfassungsrechtlichen, wird daher in der Praxis weitgehend eingeschränkt. Der EuHb-Rahmenbeschluss in seiner Auslegung legt den Bereich der Ausnahmen von der Anerkennung des EAW und des gegenseitigen Vertrauens vollständig fest. Die erschöpfenden Gründe für die Nichtvollstreckung schaffen ein einheitliches Schutzniveau, über welches nicht hinausgegangen werden kann und das bereits ausreichend ist³⁰⁵⁰. Ein stärker schützender nationaler Grund wird also verworfen.

Die Beziehung zwischen dem Vorrang des EU-Rechts und der Achtung der Grundrechte muss jedoch noch weiter verfeinert und ergänzt werden.

b) Die Anerkennung eines Grundes für die Nichtvollstreckung: ein konkreter und autonomer Schutz der Grundrechte zur Rettung des Vorrangprinzips

In einem zweiten Schritt erkannte der EuGH die Vorteile einer Kombination aus dem Vorrang und der konkreten Achtung der Grundrechte³⁰⁵¹. Der EuGH bejaht die Möglichkeit eines konkreten autonomen Grundrechtsschutzes in Form eines Nichtvollstreckungsgrundes. Die Schaffung eines Ablehnungsgrundes auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 3 EuBh-Rahmenbeschluss und der Grundrechte der GR-Charta in den Urteilen *Aranyosi* und *LM* verhindert somit eine Infragestellung des Vorranggrundsatzes³⁰⁵². Ansonsten hätte die Gefahr bestanden dass ein nationaler Ablehnungsgrund, der sich auf einen internationalen Schutzstandard der EMRK oder der Verfassungen stützt, unter Verletzung des Vorrangs der Bestimmungen des Rahmenbeschlusses angewendet worden wäre. Der EuGH wählt eine vermittelnde Lösung: einen Grund für die Nichtvollstreckung, der auf dem Unionsrecht und den EU-Grundrechte beruht. Dadurch konnte er sich zwischen einem Richter der Grundrechte und einem Richter des Vorrangs und des gegenseitigen Vertrauens positionieren. Der Konflikt zwischen Vollstreckungspflicht und grundrechtsbezogenen Ablehnungsgrund wird zu einem Konflikt zwischen Normen derselben Rechtsordnung. Die Abwägung

³⁰⁴⁹ EuGH, *Melloni*, Rn. 60.

³⁰⁵⁰ Siehe insbesondere EuGH, *Radu*, Rn. 38, 41 und 42 ; EuGH, *Melloni*, Rn. 48-54, 56, 58 und 62.

³⁰⁵¹ Der gleiche Ansatz sollte bei der Anwendung des Grundes von Artikel 11(1) Buchst. f der EEA-Richtlinie vorherrschen.

³⁰⁵² zusammen EuGH, *Aranyosi*, Rn. 83 und 88 ; zusammen EuGH, *LM*, Rn. 45, 47 und 59.

zwischen der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens und dem Grundsatz des Grundrechtsschutzes findet in einem autonomen Rahmen statt, der in seiner Gesamtheit vom Vorrangprinzip profitiert. Das konkrete Schutzniveau definiert der EuGH also selbst.

Die Anerkennung eines solchen Grundes scheint zum Vorrang der EU-Grundrechte zu führen, auch im Bereich der konkreten Ausnahmen vom gegenseitigen Vertrauen. Es gibt nun einen neuen, konkreten europäischen Standard. Dieser EU-Standard kann theoretisch mit einem stärker schützenden und leichter anwendbaren nationalen Ablehnungsgrund in Konkurrenz stehen, doch die *Melloni*-Rechtsprechung verhindert dies praktisch. Aufgrund der strengen Bedingungen für die Anwendung des Grundes nach Art. 1 Abs. 3 DC MAE verriegelt der autonome Grundrechtsschutz der Union seinen Inhalt. Der festgelegte europäische Schutzstandard soll nicht durch einen Ablehnungsgrund, der auf einem höheren nationalen Schutzstandard beruht, übertroffen werden. Andernfalls würde er den Grundsatz des Vorrangs, der Einheitlichkeit und der Effektivität des EuHb-Rahmenbeschlusses verletzen.

Durch einen zirkulären Effekt verstärkt der "Vorrang" des autonomen Schutzes den Vorrang und die Autonomie des gesamten Rahmenbeschlusses des EuHb. Obwohl der Schutz der EU-Grundrechte nicht maximal ist, reicht er theoretisch aus, um sicherzustellen, dass die Anwendung des Rahmenbeschlusses nicht von den nationalen Gerichten in Frage gestellt wird. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat übrigens die Kriterien, die der EuGH in Bezug auf die Haftbedingungen aufgestellt hat, in einem Urteil vom 1. Dezember 2020 für gültig erklärt³⁰⁵³.

Der EuGH verstärkte seine Aufsicht noch weiter, indem er den Ermessensspielraum der vollstreckenden Justizbehörden definierte.

2) Der Ermessensspielraum der Justizbehörden zugunsten des Vorrangs und der Autonomie des EU-Rechts

Um die Autonomie und Wirksamkeit der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zu stärken, hat der EuGH dafür gesorgt, dass der Ermessensspielraum der Justizbehörden in Bezug auf die Grundrechte eingegrenzt wird **(a)**. Der EGMR macht doch seine Akzeptanz der Besonderheiten der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in der EU davon abhängig, dass der autonome Schutz der EU-Grundrechte ausreichend

³⁰⁵³ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats, 2 BvR 1845/18 & 2 BvR 2100/18, 1. Dezember 2020.

ist **(b)**. Die Beurteilung des Ermessensspielraums der Justizbehörden stellt die EU-Grundrechte als begrenztes Vehikel der Autonomie des EU-Rechts dar.

a) Die Einengung des Ermessensspielraums durch den EuGH: die verstärkte Standardisierung des autonomen Grundrechtsschutzes

Der EuGH gibt den Justizbehörden neue Befugnisse bei der Überwachung der Achtung der Grundrechte. Diese werden jedoch in Abhängigkeit von ihren Auswirkungen auf die Wirksamkeit des EuHb oder der EEA eingegrenzt. Es gibt mehrere anschauliche Beispiele.

Der Umfang des Ermessensspielraums wird zunächst im Hinblick auf die Anwendung des im *Aranyosi*-Urteil anerkannten Grundes für die Nichtvollstreckung eingegrenzt. Der EuGH entscheidet auch von Fall zu Fall, welches Grundrecht auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 3 des EuHb-Rahmenbeschlusses geschützt werden kann. Im Urteil *Piotrowski* lehnt es der EuGH ab, seinen Nichtvollstreckungsgrund auf der Grundlage von Artikel 24 der GR-Charta, der sich auf das Kindeswohl bezieht, zu erweitern³⁰⁵⁴. Mit dieser Lösung wird der Ermessensspielraum der Justizbehörden innerhalb des engen Rahmens des zwingenden Grundes für die Nichtvollstreckung nach Artikel 3(3) DC festgelegt. Die vollstreckende Justizbehörde nimmt lediglich eine einfache *in-abstracto*-Kontrolle des gesetzlichen Alters als Voraussetzung für die strafrechtliche Verantwortlichkeit vor. Der Schutz ist aufgrund der Wirksamkeit des EAW begrenzt.

Die Einschränkung dieses Spielraums betrifft auch die Kontrolle, ob die Untersuchungshaft der zu übergebenden Person mit Art. 6 der GR-Charta vereinbar ist³⁰⁵⁵. Der EuGH hebt den Vorrang der einschlägigen Bestimmungen des EuHb-Rahmenbeschlusses und deren Auslegung im Einklang mit Artikel 6 EUGR-Charta hervor, um den Spielraum der Justizbehörden zu verringern³⁰⁵⁶. In den Urteilen *Dworzecki*³⁰⁵⁷ und *JZ*³⁰⁵⁸ beeinflussen die Bedenken hinsichtlich der Effizienz und der Achtung der

³⁰⁵⁴ EuGH (Große Kammer), *Dawid Piotrowski*, 23. Januar 2018, Rs. C-367/16. Nachfolgend das "Urteil *Piotrowski*".

³⁰⁵⁵ EuGH (Erste Kammer), *TC*, 12. Februar 2019, Rs. C-492/18 PPU.

³⁰⁵⁶ Der EuGH macht dann die Vereinbarkeit mit den Regeln des EuHB-Rahmenbeschlusses als ein Element zur Beurteilung der Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Union.

³⁰⁵⁷ EuGH (Vierte Kammer), *Pawel Dworzecki*, 24. Mai 2016, Rs. C-108/16 PPU.

³⁰⁵⁸ EuGH (Vierte Kammer), *JZ gegen Prokuratura Rejonowa Łódź - Śródmieście*, 28. Juli 2016, Rs. C-294/16 PPU. Nachfolgend das "Urteil *JZ*".

Grundrechte die Definition von autonomen Begriffen. Sie führen dazu, dass die Begriffe in Artikel 4a des EuHb-Rahmenbeschlusses einen Ermessensspielraum zugunsten der Übertragung lassen³⁰⁵⁹. Im Gegensatz dazu erlaubt der Begriff „Haft“ in Artikel 26(1) DC MAE den ausstellenden Justizbehörden einen größeren Ermessensspielraum bei der Verhältnismäßigkeit der Strafe. Tatsächlich steht dieser Spielraum dem Übergabeverfahren nicht entgegen.

Im Urteil *Gavanozov II* muss der Anordnungsstaat gemäß Art. 47 Abs. 1 EUGR-Charta einen Rechtsbehelf gegen den Erlass einer EEA, die sich auf bestimmte Ermittlungsmaßnahmen bezieht, vorsehen³⁰⁶⁰. Diese Entscheidung ist dem Schutz der Grundrechte förderlich, entspricht aber letztlich dem Ziel der Wirksamkeit der EEA. Insbesondere soll die Kontrolle durch die vollstreckenden Justizbehörden und die Anwendung des grundrechtsbezogenen Ablehnungsgrundes in Artikel 11(1)f) der Richtlinie verhindert werden.

Ob der autonome Schutz der Grundrechte ausreichend ist, überprüft jedoch der EGMR anhand desselben Spielraums.

b) Die Überprüfung des Ermessensspielraums durch den EGMR

Der EGMR stellt eine Vermutung auf, dass die Anforderungen der EMRK durch das EU-Recht erfüllt werden³⁰⁶¹. Er reduziert seine Kontrolle, wenn die Umsetzung des EU-Rechts ohne Spielraum für die nationalen Behörden erfolgt und wenn der Kontrollmechanismus der Union sein volles Potenzial entfalten konnte. Im Rahmen des EuHb gibt es keinen Ermessensspielraum. Die Anerkennung einer Ausnahme in Bezug auf die EU-Grundrechte ist in der Tat streng geregelt³⁰⁶². Unter diesen Umständen wird es vermutet, dass die Ausführung des EuHaftbefehls im Einklang mit der EMRK steht. Der EGMR bestätigt, dass der Schutz im Rahmen des EuHaftbefehls grundsätzlich

³⁰⁵⁹ In der Entscheidung *Dworzecki* legt der EuGH die Begriffe "gerichtliche Vorladung" und "förmliche Zustellung auf andere Weise" des Grundes für die Nichtvollstreckung von Artikel 4a EuHb-Rahmenbeschluss aus.

³⁰⁶⁰ EuGH (Erste Kammer), *Gavanozov vs. Bulgarien*, 11. November 2021, Rs. C-852/19. Nachfolgend das "Urteil *Gavanozov II* ».

³⁰⁶¹ EGMR (Große Kammer), *Avotiņš vs. Lettland*, 23. Mai 2016, (Beschw. Nr. 17502/07), § 102 ; EGMR (Fünfte Sektion), *Bivolaru und Moldovan vs. Frankreich*, 25. März 2021, (Beschw. Nr. 40324/16 und 12623/17), § 97. Es gibt eine Vermutung des gleichwertigen Schutzes zwischen der EMRK und dem EU-Recht. Diese allgemeine Feststellung kann immer wieder überprüft werden, doch dies ist bisher noch nie der Fall gewesen

³⁰⁶² EGMR, *Moldovan*, §114.

ausreichend ist. Der Grundsatz des Vorrangs des EuHaftbefehls sollte daher nicht generell in Frage gestellt werden.

Die Konformitätsvermutung kann widerlegt werden, wenn der Schutz offensichtlich unzureichend ist³⁰⁶³. Dies ist der Fall, wenn die gegenseitige Anerkennung automatisch und mechanisch zum Nachteil der Grundrechte erfolgt. Im Falle einer ernsthaften und begründeten Beschwerde über eine offensichtliche Unzulänglichkeit müssen die nationalen Behörden die Achtung der Grundrechte überprüfen, auch wenn dieser Ermessensspielraum nicht durch das EU-Recht oder den EuGH vorgesehen ist. In Fällen, in denen keine konforme Auslegung möglich ist, haben die Rechte der EMRK „Vorrang“ vor dem EuHb-Rahmenbeschluss und die Vollstreckung des EuHaftbefehls wird verweigert.

In diesem Rahmen beurteilte der EGMR den Ermessensspielraum, der bei der Überprüfung des echten Risikos nach der *Aranyosi*-Methodik belassen wurde³⁰⁶⁴. Er bestätigt die Bedingungen für die Auslösung der Kontrolle, ihre zwei Stufen und das justizielle Informationsaustauschsystem. Zugleich stellt er jedoch zum ersten Mal eine offensichtliche Unzulänglichkeit in Bezug auf Artikel 3 EMRK fest und verurteilt einen Mitgliedstaat wegen der Vollstreckung eines EuHb³⁰⁶⁵. Dabei kritisiert er die Durchführung der Kriterien, die der EuGH aufgestellt hatte³⁰⁶⁶. Diese Kritik richtet sich nicht gegen die Auslegung des EuGH, sondern zeigt das vieldeutige Ergebnis auf, das ein sehr begrenzter und falsch angewandter Ermessensspielraum hervorbringen kann. Der EGMR wirft auch einen kritischen Blick auf die Praxis der Zusicherungen im Rahmen des EuHb³⁰⁶⁷. Er akzeptiert sie grundsätzlich, aber macht ihre Wirkung von einer gewissen Genauigkeit abhängig. Auf den ersten Blick unterscheidet der EGMR nicht wie der EuGH zwischen Zusicherungen, die von politischen oder justiziellen Behörden gegeben wurden, und integriert sie in seine Gesamtbewertung. Ein vorsorglicher Ansatz wäre daher gerechtfertigt. Schließlich befasst sich der EGMR mit dem Umfang der Kontrolle der Justizbehörde, die sich normalerweise aus der *ML*-Rechtsprechung des EuGH ergibt³⁰⁶⁸.

³⁰⁶³ EGMR, *Avotiņš*, § 112-116 ; EGMR, *Moldovan*, § 101-104.

³⁰⁶⁴ EGMR (Fünfte Sektion), *Bivolaru und Moldovan v. Frankreich*, 25. März 2021 (Anträge Nr. 40324/16 und 12623/17) und in geringerem Maße EGMR (Zweite Sektion), *Romeo Castano v. Belgien*, 9. Juli 2019 (Antrag Nr. 8351/17).

³⁰⁶⁵ EGMR, *Moldovan*, §126. *Actualités Lexis 360*, „Exécution d'un MAE : la CEDH précise les conditions d'application de la présomption de protection équivalente“, *Dalloz Actualité*, 28 März 2021.

³⁰⁶⁶ EGMR, *Moldovan*, §122, 123.

³⁰⁶⁷ EGMR, *Moldovan*, § 124.

³⁰⁶⁸ EGMR, *Moldovan*, § 125.

Die vollstreckende Justizbehörde hatte fälschlicherweise nicht versucht, eine zweite Haftanstalt zu ermitteln und deren Haftbedingungen zu kontrollieren. Entweder widerlegt der EGMR den vom EuGH eingeräumten Ermessensspielraum, oder die vollstreckende Justizbehörde hätte einige zusätzliche Anstrengungen unternehmen können. Der Unterschied zwischen der Überprüfung der Definition des Ermessensspielraums und der Überprüfung der vollständigen Nutzung dieses Spielraums ist jedoch gering. Der EGMR schränkt somit die Autonomie des EU-Rechts/des EuGH bei der Definition des Schutzes der EU-Grundrechte ein. Der Vorrang des EU-Rechts hängt davon ab, ob der Grundrechtsschutz der EMRK ausreichend und hinreichend konkret ist.

Auch die obersten Gerichte und die Verfassungsgerichte stützten sich auch auf die Grundrechte, um sich zu positionieren.

Abschnitt 2: Die Grundrechte: Vehikel zur Relativierung des Grundsatzes des Vorrangs auf der nationalen Ebene

Die nationalen obersten Gerichte und Verfassungsgerichte haben versucht, die Besonderheiten des EU-Rechts zu erfassen, indem sie sich eine Form der Kontrolle neu einrichteten. So können die Grundrechte ein Vehikel sein, um den Vorrang des EU-Rechts einzuschränken **(1)**. Ebenfalls können die Grundrechte ein Faktor für einen stärkeren Einklang zwischen den Rechtssystemen sein **(2)**.

1) Die nationale Verfassungsidentität: die Forderung nach einer strikten Begrenzung des Vorrangs des EU-Rechts

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat die Achtung seiner Verfassungsidentität beansprucht, um einen stärkeren Grundrechtsschutz gegen den Vorrang eines unzureichend schützenden EU-Rechts durchzusetzen **(a)**. In Frankreich haben der Conseil constitutionnel und der Conseil d'Etat stattdessen eine sicherheitsorientierte Verfassungsidentität entwickelt und nutzen den verfassungsrechtlichen Schutz der Grundrechte um das Prinzip des Vorrangs eines schützenderen EU-Rechts einzuschränken **(b)**.

a) Der Schutz der Menschenwürde durch das deutsche Bundesverfassungsgericht: ein „Heilmittel“ gegen den absoluten Vorrang eines unzureichend schützenden EU-Rechts

Auf der Grundlage von Artikel 23(1) des GG bedeutet der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts grundsätzlich, dass Handlungen des Unionsrechts und Handlungen deutscher Behörden, die vollständig unionsrechtlich determiniert werden, nicht anhand der Grundrechte des GG überprüft werden³⁰⁶⁹. Dies ist der Fall bei Gerichtsentscheidungen zur Frage der Gründe für die Nichtvollstreckung des EuHb³⁰⁷⁰. Das BVerfG kontrolliert jedoch den Integrationsprozess und der Vorrang des EU-Rechts ist nur das Ergebnis einer begrenzten Kompetenzübertragung³⁰⁷¹. Ausnahmsweise nimmt dann das deutsche BVerfG in einem Beschluss vom 15. Dezember 2015 eine Prüfung der Achtung der Verfassungsidentität vor³⁰⁷². Die Verfassungsidentität ist eine absolute Grenze, die auf den Artikeln 23(1) und 79(3) GG beruht³⁰⁷³. Sie schützt die unantastbaren Grundrechte, die sich aus der Menschenwürde aus Art. 1(1) GG ergeben. Die Prüfung kommt dann einer eingeschränkten Rechtsgültigkeitskontrolle des EU-Rechts gleich und kann zu dessen Unanwendbarkeit und der Unanwendbarkeit der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens in Deutschland führen.

Als Ausnahme vom Anwendungsvorrang des EU-Rechts wird die Verfassungsidentitätskontrolle als letztes Mittel angewandt, dies unter Achtung der Europafreundlichkeit des GG und in eingegrenzten Ausnahmefällen³⁰⁷⁴. Diese Kontrolle beeinträchtigt nicht den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Artikel 4 Absatz 3 EUV, sondern wird im Gegenteil durch die Berücksichtigung der nationalen Identität nach Artikel 4 Absatz 2 EUV ermöglicht³⁰⁷⁵. Damit stellt das BVerfG die (quasi-)unwiderlegbare Vermutung des gegenseitigen Vertrauens und den Grundsatz des absoluten Vorrangs des EU-Rechts in Frage, die sich aus den Urteilen Radu, Melloni und Akerberg ergeben. Im Falle eines unzureichenden Schutzes der EU-Grundrechte entbindet das Melloni-Urteil die

³⁰⁶⁹ BVerfG, 2 BvR 2735/14, Rn 37-39.

³⁰⁷⁰ BVerfG, 2 BvR 890/16, Rn 31 ; BVerfG, BVerfG 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18, Rn 35.

³⁰⁷¹ BVerfG, 2 BvR 2735/14, Rn 40-42.

³⁰⁷² BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14, Rn. (1-126).

³⁰⁷³ BVerfG, 2 BvR 2735/14, Rn 48, 49.

³⁰⁷⁴ BVerfG, 2 BvR 2735/14, Rn 43, 50.

³⁰⁷⁵ BVerfG, 2 BvR 2735/14, Rn 44.

deutschen Richter nicht von ihrer Pflicht, die Wahrung des verfassungsmäßigen Rechts auf Menschenwürde zu überwachen. Das Verfassungsgericht verbindet dann in extensiver Weise den Schuldgrundsatz mit der Menschenwürde³⁰⁷⁶. Dieser Grundsatz erfordert die Anwesenheit der Person bei ihrem Verfahren. Er begründet die Grundlage für einen deutschen Nichtvollstreckungsgrund des EAW, wenn er nicht durch EU-Recht beachtet wird³⁰⁷⁷. Das BVerfG erweitert damit die „ausreichende“ Kontrolle der deutschen Vollstreckungsjustizbehörden, wenn die Person, die übergeben werden soll, einen hinreichend begründeten Zweifel aufwirft³⁰⁷⁸. Die deutschen Justizbehörden erklären den Antrag auf Übergabe für unzulässig, wenn nachweislich ein Verstoß vorliegt.

Der festgestellte Verstoß entstand in diesem Fall durch die fehlerhafte Anwendung des EU-Rechts und nicht durch das EU-Recht selbst. Der EuHb-Rahmenbeschluss sah in Art. 4a einen Grund für die Nichtvollstreckung im Falle eines Versäumnisurteils vor, der hätte angewendet werden können. Das BVerfG zielte also hauptsächlich darauf ab, den Grundsatz des Vorrangs des EU-Rechts einzuschränken und den Pluralismus der Schutzmechanismus wieder einzuführen³⁰⁷⁹.

Der Conseil constitutionnel und der Conseil d'Etat stützen sich ebenfalls auf die Achtung der französischen Verfassungsidentität, jedoch mit einem ganz anderen Ziel.

b) Die sicherheitsorientierte Verfassungsidentität des Conseil constitutionnel und des Conseil d'Etat: eine kritikwürdige Einschränkung des Vorrangs des EU-Rechts

Der Conseil constitutionnel hat in 2004³⁰⁸⁰ und in 2006³⁰⁸¹ seine Vorab- und nachträgliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen (*contrôle a priori* et *contrôle a posteriori* de constitutionnalité de la loi) angepasst, wenn diese das EU-Recht

³⁰⁷⁶ BVerfG, 2 BvR 2735/14, Rn 51-55.

³⁰⁷⁷ BVerfG, 2 BvR 2735/14, Rn 56-61.

³⁰⁷⁸ BVerfG, 2 BvR 2735/14, Rn 62-75.

³⁰⁷⁹ F. MEYER, „From Solange II to Forever I : The German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (and how the CJEU responded)“, *New Journal of European Criminal Law*, volume 7/2016/03, 2017, S. 277-294.

³⁰⁸⁰ Entscheidung CC, Nr. 2004-496 DC, 10. Juni 2004; Entscheidung CC, Nr. 2004-497 DC, 1. Juli 2004; Entscheidung CC, Nr. 2004-498 DC, 29. Juli 2004; Entscheidung CC, Nr. 2004-499 DC, 29. Juli 2004.

³⁰⁸¹ Entscheidung CC, Nr. 2006-535 DC, 30. März 2006; Entscheidung CC, Nr. 2006-540 DC, 27. Juli 2006; Entscheidung CC, Nr. 2006-543 DC, 30. November 2006.

strikt umsetzen³⁰⁸². Er hat den Grundsatz des Vorrangs des EU-Rechts und die Verpflichtungen zur Umsetzung von EU-Richtlinien und zur Anpassung des nationalen Rechts an EU-Verordnungen³⁰⁸³ verfassungsrechtlich verankert, um sie besser an die Verfassung binden zu können. Im Rahmen der Vorabkontrolle achtet der Conseil constitutionnel darauf, dass die Umsetzungs- und Anpassungserfordernisse eingehalten werden. Dies gibt ihm den Vorwand für eine Überprüfung der Gültigkeit des EU-Rechts. Die Einhaltung der Pflicht zur Umsetzung oder Anpassung des EU-Rechts kontrolliert er unter einer doppelten Einschränkung: Das Umsetzungs-/Anpassungsgesetz muss offensichtlich unvereinbar sein, und die Pflicht zur Umsetzung/Anpassung des EU-Rechts darf nicht einer Regel oder einem Grundsatz entgegenstehen, die der Verfassungsidentität angehören³⁰⁸⁴. Die Konfrontation des Umsetzungs-/Anpassungserfordernisses mit der Verfassungsidentität setzt dem Grundsatz des Vorrangs des EU-Rechts eine strenge Grenze. Im Rahmen der nachträglichen Gesetzeskontrolle prüft der Conseil constitutionnel auch die Konformität des Gesetzes, das durch das EU-Recht bestimmt wird, im Hinblick auf die Verfassungsidentität, wenn kein gleichwertiger Schutz im EU-Recht vorhanden ist³⁰⁸⁵.

Der Conseil d'Etat bringt seinerseits seine verschiedenen Kontrollzuständigkeiten miteinander in Einklang, da er sich auf den materiellen Inhalt der Grundrechte konzentriert³⁰⁸⁶. Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Rechtsakten, die das EU-Recht strikt umsetzen oder anpassen, sucht der Verwaltungsrichter nach einer Regel oder einem Grundsatz des Unionsrechts, der der berufenen verfassungsrechtlichen Regel gleichwertig ist. Die Prüfung des Rechtsakts erfolgt dann im Hinblick auf das Unionsrecht. Ansonsten prüft der Verwaltungsrichter die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsvorschriften. Dies läuft darauf hinaus, die Gültigkeit der Richtlinie oder der Verordnung anhand der Verfassung zu prüfen. Es gibt dann auch eine strikte Grenze des Vorrangs des EU-Rechts.

³⁰⁸² Artikel 61 und 61-1 der französischen Verfassung.

F.-X. MILLET, „Constitutional Identity in France : Vice and - Above all - Virtues“, Chapitre 7, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, S. 134-152.

³⁰⁸³ Das verfassungsrechtliche Erfordernis der Umsetzung von Richtlinien wurde erstmals in CC Nr. 2004-496 DC, Absatz Nr. 7 festgeschrieben. Die Ausweitung auf die Verordnung stammt aus der Entscheidung CC Nr. 2018-765 DC, 12. Juni 2018.

³⁰⁸⁴ Siehe z.B. Entscheidung CC Nr. 2018-765 DC, Absatz Nr. 3.

³⁰⁸⁵ Entscheidung CC, Nr. 2021-940 QPC, 15. Oktober 2021, Absätze Nr. 12,13.

³⁰⁸⁶ CE ass., Sté Arcelor Atlantique et Lorraine, 8. Februar 2007, Nr. 287110.

Bis vor kurzem stellte die Verfassungsidentität nur eine eher theoretische Gefahr dar. Zwei Urteile des Conseil d'Etat vom 21. April 2021³⁰⁸⁷ und 17. Dezember 2021³⁰⁸⁸ sowie ein Urteil des Conseil constitutionnel vom 15. Oktober 2021³⁰⁸⁹ haben die Situation verändert³⁰⁹⁰.

Im Falle der Unvereinbarkeit eines nationalen Regelungsakts mit dem EU-Recht muss der Verwaltungsrichter nunmehr die Verfassungsmäßigkeit des Unionsrechts prüfen, wenn der Beklagte geltend macht, dass die Außerkraftsetzung der nationalen Vorschrift, die gegen das EU-Recht verstößt, einem Verfassungsgebot seine effektiven Garantien entziehen würde³⁰⁹¹. Wenn es keine Bestimmung oder keinen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts gibt, der der verfassungsrechtlichen Anforderung gleichwertig ist, muss der Verwaltungsrichter die Anwendung des EU-Rechts ausschließen. Der Conseil d'Etat hat dann die verfassungsmäßigen Grundrechte „instrumentalisiert“³⁰⁹², um verfassungsmäßige Sicherheits-Prinzipien herauszuarbeiten³⁰⁹³, die sich potenziell dem Vorrang eines „zu“ schützenden Unionsrechts widersetzen³⁰⁹⁴. Der Conseil constitutionnel ging nach einer ähnlichen Methodik vor.

Die verfassungsmäßigen Grundrechte sind nicht die einzigen Grundrechte, die angesichts der Frage nach dem Vorrang des Unionsrechts genutzt werden können.

2) Die Beteiligung am „europäischen“ Schutz der Grundrechte: eine Voraussetzung des formalen Vorrangs des EU-Rechts

Unter weitgehender Beachtung der Rechtsprechung des EuGH hat der Cour de cassation seit langem die mögliche Ablehnung der Vollstreckung des EuHb auf die Gefahr der Verletzung eines von der EMRK garantierten Grundrechts gestützt **(a)**. Im Rahmen der

³⁰⁸⁷ CE ass., *French Data*, 21. April 2021, Nr. 393099.

³⁰⁸⁸ CE ass., G.Q., 17. Dezember 2021, Nr. 437125.

³⁰⁸⁹ Entscheidung CC, Nr. 2021-940 QPC, 15. Oktober 2021.

³⁰⁹⁰ E. DUBOUT, « La manière française de (ne pas) faire du droit européen », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 6, note n° 221, 14 Février 2022, S. 340-345.

³⁰⁹¹ CE, *French Data Network*, Erwägungsgrund Nr. 7; CE, G.Q., Erwägungsgrund Nr. 11.

³⁰⁹² CE, *French Data Network*, Erwägungsgrund Nr. 10 ; CE, G.Q., Erwägungsgrund Nr. 12.
D. SIMON, « Retour des monologues juridictionnels croisés ? À propos de l'arrêt du Conseil d'État dans l'affaire « *French Data* » », *Europe* n° 6, Juin 2021, étude n°3.

³⁰⁹³ CE, *French Data Network*, Erwägungsgrund Nr. 9 ; CE, G.Q., Erwägungsgrund Nr. 13.

³⁰⁹⁴ Es wurde jedoch kein konkreter Verstoß festgestellt.

Durchführung des EuHb hat das deutsche Bundesverfassungsgericht seinerseits kürzlich die EU-Grundrechte als Standard für die Kontrolle der richtigen Anwendung des EU-Rechts angewandt **(b)**.

a) Die Anwendung der EMRK durch den Cour de Cassation: eine externe Entwicklung des Grund für die Nichtvollstreckung des EuHb

Der Cour de Cassation hält sich weitgehend an das Ziel der Wirksamkeit des EuHb³⁰⁹⁵, aber entwickelt einen eigenen Ansatz, der ihm eine aktive Rolle in der europäischen Diskussion über die Gewährleistung der Grundrechte sichert. Seine Unterstützung durch den EGMR relativiert zumindest teilweise den Vorrang des Rahmenbeschlusses des EuHb in seiner Auslegung, aber diese Lösung ist entgegenkommender als es den Anschein hat. Das Ziel des Cour de Cassation besteht nicht darin, die Gültigkeit des EU-Rechts zu überprüfen, sondern an der Entwicklung von Kriterien für seine richtige Anwendung in konkreten Situationen mitzuwirken. Er nutzt die gemeinsame Grundlage, die der EGMR bietet, um den Schwerpunkt auf einen minimalen, aber ausreichenden gemeinsamen Schutz zu legen. Dieser Schutz wird zu einer Voraussetzung für den Vorrang des EU-Rechts. Damit kann eine Diskussion über die geschützten Grundrechte und die anzuwendende Methodik eingeleitet werden.

Der Cour de Cassation entwickelt seit 2010 einen „externen“ Grund für die Nichtvollstreckung des EuHb, der sich auf einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht auf Achtung seines Privat- und Familienlebens gemäß Artikel 8 EMRK bezieht³⁰⁹⁶. Damit schlug er eine Lösung vor und behielt sich einen Spielraum für den Fall einer späteren Ablehnung durch den EuGH vor³⁰⁹⁷. Nach der Entwicklung eines spezifischen Ablehnungsgrundes für die EU-Grundrechte hat der Cour de Cassation seine Rechtsprechung auf der Grundlage der EMRK weiter vertieft. Seine Rechtsprechung spielt damit eine „ergänzende“ Rolle bei der schrittweisen Entwicklung des Schutzes im Rahmen des EuHb. Der Cour de Cassation erkannte auch einen Grund für die Ablehnung

³⁰⁹⁵ Cass. crim. 28. Februar 2012, Nr. 12-80.744., erster und vierter Erwägungsgrund ; Crim. 27. Juli 2016, Nr. 16-84.592, bei der Prüfung des fünften Klagegrundes ; Cass. crim. 2. Mai 2018, Nr. 18-82.167., fünfter Erwägungsgrund.

³⁰⁹⁶ Cass. crim. 12. Mai 2010, Nr. 10-82.746.

³⁰⁹⁷ Cass. crim. 5. Mai 2015, n°15-82.108.

der Vollstreckung an, der sich auf Artikel 3 EMRK stützt³⁰⁹⁸. Die fehlende vollständige Angleichung an den EuGH lässt sich dadurch erklären, dass der Grund, der sich auf Artikel 3 EMRK stützt, älter als das Urteil *Aranyosi*, aber auch später als das Urteil *Melloni* ist³⁰⁹⁹. Dies ermöglicht es auch dem Cour de Cassation, diesen Ablehnungsgrund potenziell weiter zu vertiefen. Einige zukünftige Anpassungen sind im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR übrigens zu erwarten. Der Cour de Cassation, die das Schutzniveau nach der Definition des EuGH bestätigt hatte, wird sicherlich eine vertiefte und detailliertere Kontrolle verlangen³¹⁰⁰. Er wird wahrscheinlich auch sein Urteil vom 12. Juli 2016 über die Auswirkungen eines Flüchtlingsstatus auf die Übergabe bestätigen³¹⁰¹. Diese Lösung wurde vom EGMR bestätigt, ohne dass sich der EuGH bisher dazu geäußert hat. Der Cour de Cassation verfügt damit über eine gewisse Eigenständigkeit bei der Entwicklung der *Aranyosi*-Methodik. Die Rechtsstreitigkeiten vor dem Cour de Cassation begünstigen auch darüber hinausgehende Entwicklungen in Bezug auf andere Rechte. Der Cour de Cassation verlangt auch die Einhaltung der Verteidigungsrechte, ohne notwendigerweise eine Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs angenommen zu haben.

Das deutsche BVerfG hat sich für die Anwendung der EU-Grundrechte entschieden.

b) Die alternative Anwendung der GR-Charta durch das Bundesverfassungsgericht: direkte Teilnahme an der Definition des autonomen Schutzes der Grundrechte

Die Kontrolle der richtigen Anwendung des EU-Rechts erfolgt anhand der Grundrechte des deutschen GG wenn die rechtliche Lösung nicht völlig durch das EU-Recht determiniert wird. Im Gegenteil, erfolgt sie anhand der Grundrechte der GR-Charta, wenn die rechtliche Lösung völlig durch das EU-Recht determiniert wird³¹⁰². Dieser

³⁰⁹⁸ Der Cour de Cassation ist bei der Charakterisierung des tatsächlichen Risikos einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung, die sich aus den Haftbedingungen ergibt, ebenso anspruchsvoll wie der EuGH. Siehe A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Refus de remise et protection des droits fondamentaux », *Procédures* n° 10, Octobre 2019, commentaire n°267, pages 38 à 39.

³⁰⁹⁹ Cass. crim. 20. Mai 2014, n°14-83.138.

³¹⁰⁰ C. Cass. crim., 10. August 2016, Nr. 16-84.725.

Verurteilung von Frankreich: EGMR (Fünfte Sektion), 25. März 2021, *Bivolaru et Moldovan vs. Frankreich* (Anträge Nr. 40324/16 und 12623/17).

³¹⁰¹ Cass. crim. 12. Juli 2016, Nr. 16-84.000, vierte und fünfte Erwartung.

³¹⁰² BVerfG, Ersten Senats 1 BvR 16/13, Rn. (1-157), "Recht auf Vergessen I" und 1 BvR 276/17, Rn. (1-142), "Recht auf Vergessen II", verkündet am 6. November 2019.

Ansatz wurde Ende 2020 vom Zweiten Senat übernommen³¹⁰³. Er kontrolliert die richtige Anwendung des EuHb-Rahmenbeschlusses hinsichtlich der Nichtvollstreckungsgründe im Hinblick auf die EU-Grundrechte³¹⁰⁴. Dabei begründet es die Ausweitung der Kontrollstandards mit Blick auf die Beteiligung Deutschlands an der europäischen Integration. Die klassische Lösung bezüglich der Annahme und den Wirkungen des Vorrangs des Unionsrechts in der deutschen Rechtsordnung wird auch auf den Bereich der Grundrechte der Union angewendet³¹⁰⁵. Es handelt sich nur um einen umstandsbedingten Vorrang. Die EU-Grundrechte sind ein Funktionsäquivalent zu den Grundrechten des GG³¹⁰⁶. Der Vorrang der EU-Grundrechte hängt dann neben dem Grad der Harmonisierung auch davon ab, ob ihr Schutz ausreichend und wirksam ist³¹⁰⁷. An dieser Stelle hätte sich das Gericht für unzuständig erklären können: es handelt sich um eine Kontrolle auf der Grundlage des Unionsrechts, auch wenn sie auf die Frage der Achtung der Grundrechte beschränkt ist³¹⁰⁸. Das BVerfG erklärt jedoch, dass dies seine Pflicht sei. Die Ausweitung seiner Zuständigkeit zielt auf einen besseren Schutz der Grundrechte ab³¹⁰⁹, ist aber auch darauf zurückzuführen, dass das Gericht seinen Platz in der Entwicklung des EU-Rechts neu einrichten muss³¹¹⁰. Die „Europäisierung“ der Verfassungskontrolle bleibt im Übrigen eingeschränkt.

Diese Anerkennung führt in gewisser Weise dazu, dass der Inhalt des Schutzes der Grundrechte und des EU-Rechts beobachtet und mitbestimmt wird. Es sind der „materielle“ Vorrang und die „materielle“ Autonomie des EU-Rechts, die relativiert werden³¹¹¹. Dies ist ein wirksames Mittel, um die Stolpersteine der Rechtsprechung von Melloni und Aranyosi in Bezug den Vorrang des EU-Rechts zu überwinden. Der Zweite Senat strebt sogar eine breitere Zusammenarbeit mit dem EGMR und den nationalen

³¹⁰³ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats, 1. Dezember 2020, 2 BvR 1845/18 & 2 BvR 2100/18, Rn. (1-85).

³¹⁰⁴ BVerfG, 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18, Rn 34-36.

³¹⁰⁵ BVerfG, 1 BvR 276/17, Rn 43.

³¹⁰⁶ BVerfG, 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18, Rn 37.

³¹⁰⁷ BVerfG, 1 BvR 276/17, Rn 47, 48.

³¹⁰⁸ S. Detterbeck, „ Das Bundesverfassungsgericht - ein selbst ernannter Hüter des Unionsgrundrechte “, *Juristen Zeitung*, 18. Juni 2021, n°12-76 Jahrgang, S. 593 à 601.

³¹⁰⁹ BVerfG, 1 BvR 276/17, Rn 53 bis 56.

³¹¹⁰ BVerfG, 1 BvR 276/17, Rn 57 bis 67.

³¹¹¹ R. HOFMANN et A. HEGER, „ Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem “, *EuGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, S. 1 à 11.

Verfassungs- oder Obersten Gerichten an³¹¹². Er beabsichtigt also, die EU-Grundrechte im Lichte der Rechtsprechung des EGMR und der gemeinsamen Verfassungstraditionen auszulegen. Es kommt zu einer Art „milder Verschmelzung“ des Schutzes. Das Verfassungsgericht fordert eine echte Mitwirkung und strebt einen mehrstufigen Schutz der EU-Grundrechte an³¹¹³. Der Zweite Senat validiert und beeinflusst damit die zukünftige Anwendung der *Aranyosi*-Methodik des EuGH durch die Rechtsprechung des EGMR³¹¹⁴. Er validiert dann das Ganze noch einmal im Hinblick auf die deutsche Verfassungsidentität. Die Anforderungen des Art. 4 EUGR-Charta stehen im Einklang mit den Mindestanforderungen des Art. 1 Abs. 1 GG³¹¹⁵. Das BVerfG erkennt also den Vorrang des EU-Rechts in Bezug auf den Grund für die Nichtvollstreckung des EuHb an. Es stellt fest, dass die Anforderungen von Artikel 4 EUGR-Charta verletzt wurden³¹¹⁶. Die *Aranyosi*-Methodik wird somit so validiert, wie sie vom BVerfG in seinen Ausführungen interpretiert wurde.

³¹¹² BVerfG, 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18, Rn 38, 39.

³¹¹³ M. WENDEL, „The two-faced guardian – or how one half of the German Federal Constitutional Court became a European fundamental rights court“, *Common Market Law Review* 57, 2020, S. 1383 à 1426.

³¹¹⁴ BVerfG, 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18, Punkt 4 und 5 des Tenors, Rn 43 bis 56.

³¹¹⁵ BVerfG, 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18, Nr. 6 des Tenors, Rn 57-69. Diese Frage war seit 2017 anhängig: siehe BVerfG, 2 BvR 424/17, 19. Dezember 2017, Rn 59.

³¹¹⁶ BVerfG, 2 BvR 1845/18 - 2 BvR 2100/18, Rn 70-80.

TEIL II: Die andauernden Schwierigkeiten der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen: eine schwierige Kohärenz des Verhältnisses zwischen den strukturierenden Grundsätzen

Einerseits, obwohl der Achtung der Grundrechte mehr Aufmerksamkeit bekommt, bleibt der EuGH in dieser Hinsicht immer noch sehr (zu) vorsichtig. Die neuesten Lösungen der Rechtsprechung zum EuHb und zum EEA sind nicht frei von Kritik (**Kapitel 1**). Andererseits sollte die Europäische Staatsanwaltschaft einen neuen Schritt in der europäischen Integration darstellen, aber sie erweist sich im Hinblick auf das Verhältnis den strukturierenden Grundsätzen als enttäuschend (**Kapitel 2**).

Kapitel 1: Eine qualitativ unterschiedliche Entwicklung des autonomen Schutzes der Grundrechte im Rahmen des EuHb und der EEA

Die Rechtsprechung zum Begriff der Justizbehörde führt derzeit zu einem variablen und nicht ausreichend schützenden Begriff, obwohl er dem gesamten System der gegenseitigen Anerkennung des EuHb und des EEA zugrunde liegt (**Abschnitt 1**). Die Einführung eines neuen Rechtsprechungsgrundes für die Ablehnung der EuHb-Vollstreckung, der auf der Verletzung von Grundrechten beruht, verdient ebenfalls eine eingehendere Untersuchung (**Abschnitt 2**).

Abschnitt 1: Die fehlende Stabilität des Begriffs der Justizbehörde: eine unzureichend antizipierte Vorbedingung für die gegenseitige Anerkennung

Der Begriff der Justizbehörde soll diese Behörde in die Lage versetzen, ihre Rolle als Garant der Wirksamkeit, aber auch der Gültigkeit des EuHb und des EEA wahrzunehmen. Das Fehlen einer klaren textlichen Definition hat den EuGH dazu geführt, unterschiedliche und kritisierbare autonome Begriffe zu entwickeln (**1**). Die „Justizbehörde“-Begriffe des EuHb und der EEA werden jedoch in ein umfassendes Schutzsystem integriert (**2**). In der Folge kommt es zu einer übermäßigen Betonung der Besonderheiten jedes Instruments auf Kosten der Gesamtkohärenz.

1) Ein flexibler und variabler autonomer Begriff der Justizbehörde, der die Wirksamkeit des EuHb und der EEA fördert

Das erste Kriterium zur Qualifizierung der EuHb-Justizbehörde ist die Beteiligung an der Strafrechtspflege und das erste Kriterium zur Qualifizierung der EEA-Justizbehörde ist die durch das nationale Recht gegebene Zuständigkeit. Diese beiden Qualifizierungskriterien liegen nahe beieinander und sind für eine größere Wirksamkeit der Instrumente förderlich **(a)**. Umgekehrt hat die Forderung nach der Unabhängigkeit der Justizbehörde als zweites Qualifizierungskriterium letztlich nur einen sehr unterschiedlichen und relativen Stellenwert. Der Schutz, der durch die Definition des Begriffs der Justizbehörde gewährleistet wird, ist dann uneinheitlich, im besten Fall ziemlich formal und abstrakt, im schlimmsten Fall gar nicht vorhanden **(b)**.

a) Eine erste funktionelle Anforderung : die Beteiligung an der Rechtspflege oder das Kriterium der Zuständigkeit der Justizbehörde

Die Beteiligung an der Strafrechtspflege ist das erste Kriterium der Qualifizierung der Justizbehörde im EuHb. Das Kriterium der gegebenen Zuständigkeit ist das einzige Kriterium, das die aufgelistete EEA-Justizbehörde erfüllen muss. Diese Kriterien passen den Begriff an die Vielfalt der nationalen Strafrechtssysteme an und gewährleisten gleichzeitig die Wirksamkeit der Zusammenarbeit. Das Kriterium der Beteiligung an der Strafrechtspflege mag als spezifisches Merkmal der Justizbehörde des EAW als schützenswerter erscheinen. Dies ist bei der Zuständigkeitsprüfung im Rahmen der EEA, die sich auf alle ausstellenden Behörden der EEA bezieht, nicht der Fall. Dennoch muss eine EEA, die von einer nicht-justiziellen Ausstellungsbehörde ausgestellt wird, immer von einer aufgelisteten Justizbehörde bestätigt werden, die dann zumindest zum Mitaussteller wird³¹¹⁷. Sowohl der EuHb als auch die EEA sind Entscheidungen von Justizbehörden, die in der Praxis dieselben sind. So kam der EuGH zu dem Schluss, dass Richter, Gerichte, aber auch nationale Staatsanwaltschaften grundsätzlich als Justizbehörde des EuHb und der EEA qualifiziert werden können, während Polizeibehörden oder Verwaltungsbehörden ausgeschlossen sind.

Im Rahmen des EuHb hat der Gerichtshof zunächst eine „negative Definition“ des Begriffs herausgearbeitet, um Polizeibehörden und Verwaltungsbehörden, die einem

³¹¹⁷ Artikel 2 Buchst. c ii) EEA-Richtlinie

Organ der Exekutive, wie z. B. einem Ministerium, angehören, auszuschließen³¹¹⁸. Er stützt sich auf den Grundsatz der Gewaltenteilung und der Rechtsstaatlichkeit, um die Bedeutung des Schutzes durch die Justizbehörde hervorzuheben. Unter dem Gesichtspunkt der Effizienz geht es darum, nicht wieder in das politisierte Kooperationssystem der Auslieferung zurückzufallen. Beide Aspekte der justiziellen Kontrolle fördern das gegenseitige Vertrauen und die gegenseitige Anerkennung. Der EuGH nutzt dann das Öffnungspotenzial des Begriffs. Er stellt eine Vermutung auf, die die Qualifizierung der Staatsanwaltschaften als Justizbehörden des EuHb begünstigt. Dabei stützt er sich auf das Ziel der Wirksamkeit des EuHb. Die Staatsanwaltschaft nimmt an der Rechtspflege teil, wenn sie Strafverfolgungsbefugnisse ausübt. So stellte der EuGH fest, dass die deutsche und die französische Staatsanwaltschaft auf den ersten Blick als Justizbehörde qualifiziert werden könnten³¹¹⁹.

Im Rahmen der EEA stützt sich der EuGH lediglich auf die Liste der Justizbehörden in Art. 2 c i) der Richtlinie und das Kriterium der Zuständigkeit³¹²⁰. Es besteht kein Zweifel daran, dass die nicht aufgelisteten Ministerial- und Polizeibehörden keine Justizbehörden sind. Umgekehrt kann ein Richter, ein Gericht, ein Untersuchungsrichter oder sogar ein Staatsanwalt grundsätzlich eine Justizbehörde sein. Der ausschließlich „technische“ Charakter der Auswahl der Justizbehörden führt dazu, dass die Staatsanwaltschaft ausnahmsweise nur dann von dem Begriff ausgeschlossen wird, wenn sie „nicht ausreichend kompetent“ ist³¹²¹. Im *HP*-Urteil stellt der Gerichtshof somit fest, dass nur eine Behörde, die nach nationalem Recht für die Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme zuständig ist, auch für die Ausstellung einer EEA zuständig sein kann, die sich auf die Durchführung dieser Maßnahme bezieht. Daraus folgt, dass der Staatsanwalt nicht als zuständige (justizielle) Ausstellungsbehörde angesehen werden kann, wenn er nicht

³¹¹⁸ Polizei: siehe EuGH (Vierte Kammer), *Krzysztof Marek Poltorak*, 10. November 2016, Rs. C-452/16 PPU. Im Folgenden "Urteil *Poltorak*".

Ministerium: siehe EuGH (Vierte Kammer), *Ruslanas Kovalkovas*, 10. November 2016, Rs. C-477/16 PPU. Im Folgenden "Urteil *Kovalkovas*".

³¹¹⁹ Deutsche Staatsanwaltschaft: EuGH (Große Kammer), *OG und PI*, 27. Mai 2019, verbundene Rs. C-508/18 (OG) und C-82/19 PPU (PI). Im Folgenden "Urteil *OG und PI*".

Französische Staatsanwaltschaft: EuGH (Erste Kammer), *JR & YC.*, 12. Dezember 2019, Rs. JR (C-566/19 PPU), YC (C-626/19 PPU). Im Folgenden "Urteil *JR & YC*".

³¹²⁰ EuGH (Große Kammer), *A und andere*, 8. Dezember 2020, Rs. C-584/19, Rn. 41-47 und 50. Im Folgenden "Urteil *A et a.*".

³¹²¹ EuGH (Vierte Kammer), *HP*, 16. Dezember 2021, Rs. C-724/19. Im Folgenden "Urteil *HP*".

Siehe B. NICAUD, „CJUE : notion d'autorité d'émission d'une décision d'enquête européenne“, *Dalloz actualité*, 20. Januar 2022.

zuständig ist, um eine bestimmte Ermittlungsmaßnahme auf nationaler Ebene anzuordnen.

Die Definition der Begriffe der „Justizbehörde“ ist im Hinblick auf den Grundrechtsschutz derzeit noch unzureichend und bringt die Frage einer Unabhängigkeitsanforderung mit sich.

b) Eine variable zweite Anforderung an die Unabhängigkeit: eine unterschätzte inhärente Eigenschaft

Obwohl das Kriterium der Unabhängigkeit im Rahmen der EuHb kumulativ ist³¹²², wird es restriktiv ausgelegt. Der Ursprung und die Rechtfertigung dieses Kriteriums ergeben sich aus dem Mechanismus des EAW selbst: das gegenseitige Vertrauen und der Inhalt der justiziellen Kontrolle begründen die notwendigen Eigenschaften der Justizbehörde. Die „ausreichende“ Unabhängigkeit beschränkt sich auf das gesetzlich verankerte Verbot direkter oder indirekter externer Einzelweisungen, insbesondere von der Exekutive. Dies ist eine reduzierende Auffassung von Unabhängigkeit und hat dazu geführt, dass die deutschen Staatsanwaltschaften³¹²³ im Gegensatz zu den französischen Staatsanwaltschaften³¹²⁴ nicht als Justizbehörde anerkannt werden. Gemäß §§ 146 und 147 GVG hat der Justizminister eine „externe“ Weisungsbefugnis gegenüber den deutschen Staatsanwaltschaften, auch wenn diese begrenzt ist und in diesem Fall nicht genutzt wurde. In den Fällen, die die französische Staatsanwaltschaft betreffen, hält aber der EuGH fest, dass der Justizminister allgemeine Weisungen erteilen kann. Die strikte Unterscheidung zwischen individuellen und allgemeinen externen Weisungen ist jedoch nicht immer relevant. Das Unabhängigkeitserfordernis verbietet auch nicht interne Weisungen von Vorgesetzten, die selbst Richter sind. Die Schwierigkeit entsteht jedoch bei der Kombination der externen allgemeinen Weisungen eines Ministers, der Chef der Staatsanwaltschaft ist, mit den internen individuellen Weisungen der Vorgesetzten, die ihrerseits diesem Minister unterstellt sind³¹²⁵.

³¹²² Siehe EuGH, *OG & PI*, Rn. 73 ; Erinnerung an die beiden Kriterien EuGH, *JR & YC*, Rn. 52.

³¹²³ Siehe insbesondere EuGH, *OG & PI*, Rn. 88.

³¹²⁴ Siehe EuGH, *JR & YC*, Rn. 55.

³¹²⁵ B. NICAUD, „Conformité au droit de l'Union de l'émission des mandats d'arrêt européens émis par le parquet français, CJUE 12 mars 2019, n^{os} C-566/19 PPU et C-626/19 PPU”, *AJ Pénal*, 2020, S. 125-128.

Für die Justizbehörde der EEA gelten keine Anforderungen an die Unabhängigkeit³¹²⁶. Auf dieser Ebene gibt es keinen Unterschied zwischen der ausstellenden Justizbehörde und einer einfachen nicht-justiziellen Behörde, die die EEA ausstellt. Die Justizbehörden haben jedoch die besondere Aufgabe, die EEA zu bestätigen, wenn die Entscheidung von einer ersten nicht-justiziellen Ausstellungsbehörde ausgestellt wird. Es sollte also einen Mehrwert geben. Um sich zu rechtfertigen, stellt der EuGH fälschlicherweise fest, dass die EEA weniger in die Grundrechte eingreifen würde³¹²⁷ und dass die Rahmenbedingungen des Verfahrens die fehlende Eigenschaft der Justizbehörde ausgleichen würden³¹²⁸. Paradoxerweise könnte eine deutsche Staatsanwaltschaft also eine EEA, aber keinen EuHb ausstellen. Die einzige Form einer Unabhängigkeitsanforderung ergibt sich möglicherweise aus dem spezifischen Bereich, in dem die beantragte Maßnahme stattfindet, aber nicht aus dem EEA-System³¹²⁹. Diese Lösung deutet darauf hin, dass der Begriff der EEA-Justizbehörde komplexer wird³¹³⁰.

Trotz dieser Kritik werden dann die Begriffe der Justizbehörden in ein besonderes Schutzsystem des EuHb und der EEA eingebettet.

2) Die uneindeutig Verankerung des Begriffs der Justizbehörde in den Schutzsystemen des EAW und der EEA: das Fehlen eines allgemeinen Zusammenhangs

Dem Einschreiten der Justizbehörde liegt die Gültigkeit des EuHB oder der EEA zugrunde, aber das Schutzniveau, das in den Systemen der EuHb und der EEA geboten wird, ist nicht das gleiche, was sich auf die Organisation des justiziellen Schutzsystems **(a)** und das Einschreiten des Richters **(b)** auswirkt.

³¹²⁶ Siehe EuGH, *A et a.*, Rn. 54 und 75.

³¹²⁷ Siehe EuGH, *A et a.*, Rn. 70-73.

³¹²⁸ EuGH, *A et a.*, Rn. 57. Die besondere Kontrolle durch die Justizbehörde, die das Unabhängigkeitserfordernis im EAW rechtfertigt, dient dieses Mal dazu, es außer Kraft zu setzen.

³¹²⁹ EuGH, *HP*, Rn. 42, 43.

³¹³⁰ L. IDOT, „Décision d'enquête européenne“, *Europe* n°4, Februar 2022, commentaire n°45. Für sie handelt es sich um eine ernsthafte Einschränkung des Urteils "Ordres de virement" (*A e.a.*), in dem zugelassen worden war, dass Staatsanwaltschaften DEEs ausstellen können.

a) Ein ungleicher Wert der „justiziellen“ Entscheidung im Rahmen des EuHb und der EEA

Der justizielle Schutz ist innerhalb des Schutzsystems des EuHb zentral und ergibt sich aus den inhärenten Eigenschaften dieser Behörde. Der eingerichtete justizielle Schutz ist zwar unvollkommen, sollte aber die notwendige Grundlage für das gegenseitige Vertrauen schaffen. Dieser Teil konzentriert sich auf die Phase der Ausstellung des EuHb³¹³¹, in der es einen zweistufigen justiziellen Schutz der Grundrechte gibt³¹³². Diese beiden Stufen sind kumulativ und unabhängig vom Einschreiten eines Richters im engeren Sinne³¹³³. Die erste Stufe besteht aus einem nationalen Haftbefehl oder seinem Äquivalent, d. h. einer separaten und vorherigen nationalen Gerichtsentscheidung, auf die der EuHb aufgesetzt wird. Diese nationale Entscheidung gewährleistet einen ersten Schutz der Grundrechte des Einzelnen, weil sie von einer Justizbehörde getroffen wird. Diese Anforderung ist von besonderer Bedeutung, da die Entscheidungsfindung das Recht auf Freiheit beeinträchtigt³¹³⁴. Sie ist eine Mindestgarantie, ohne die das EuHb ansonsten nicht gültig ist und nicht von den Auswirkungen des gegenseitigen Vertrauens profitiert. Dies ist ein weiteres Element der „ausreichenden“ Kontrolle der Vollstreckungsbehörde. Die zweite Stufe des justiziellen Schutzes findet dann bei der Ausstellung des EuHb statt. Nur EuHb, die justizielle Entscheidungen sind, d. h. von einer Justizbehörde ausgestellt wurden, können vollstreckt werden. Der justizielle Charakter der Entscheidung über die Ausstellung des EuHb stellt die Beziehung zwischen dem Schutz der Grundrechte und der Qualifizierung als Justizbehörde des Ausstellers her. Dies ist eine zweite Voraussetzung der Gültigkeit des EuHb. Leider hat der EuGH nicht immer eindeutig entschieden, wer letztendlich die Entscheidung über die Ausstellung des EuHb getroffen hat³¹³⁵. Dies ist jedoch eher die Ausnahme.

³¹³¹ Beim Verfahren zur Vollstreckung des EuHb gibt es im Vergleich dazu nur ein Schutzniveau, das die gleichen Anforderungen erfüllt wie das zweite Schutzniveau beim Verfahren zur Ausstellung des EuHb. Siehe EuGH (Große Kammer), *Strafverfahren gegen AZ*, 24. Nov. 2020, Rs. C-510/19.

³¹³² Erstes Mal : EuGH (Zweite Kammer), *Bob-Dogi*, 1. Juni 2016, Rs. C-241/15.

³¹³³ Siehe EuGH, *OG und PI*, Rn. 72, 85

³¹³⁴ siehe insbesondere EuGH (Dritte Kammer), *MM*, 13. Januar 2021, Rs. C-414/20 PPU, Rn. 53. Im Folgenden des Urteils "*MM*".

³¹³⁵ EuGH (Zweite Kammer), *NJ*, 9. Oktober 2019, Rs. C-489/19 PPU.

Im Rahmen der EEA gibt es eine Form des Schutzes, ohne dass diese wirklich als „justizielle“ bezeichnet werden kann³¹³⁶. Eine EEA ist ja letztlich eine justizielle Entscheidung, die von einer Justizbehörde erlassen oder bestätigt wird. Die Intervention dieser Justizbehörde ist eine Voraussetzung der Gültigkeit der ausgestellten EEA, ohne dass diese Intervention mit einem Schutz verbunden ist, der sich aus ihrer Qualifizierung als Justizbehörde ergibt³¹³⁷. Der Schutz stammt vielmehr aus dem normativen Rahmen des Verfahrens zur Ausstellung³¹³⁸ und Vollstreckung³¹³⁹ von EEA. Er ist jedoch zu kritisieren, da es keine statutarischen Anforderungen bezüglich des Akteurs gibt, der die Kontrolle dieser Ausgleichsgarantien bei der Ausstellung der EEA übernimmt. Die Kontrollen und Garantien sind potenziell viel formaler und abstrakter, als es den Anschein hat. Der Schutz ist auch kaum europäisiert und bleibt minimal. Abgesehen von dem verzögerten und unterschiedlichen Schutz bei der Vollstreckung der EEA, widerspricht die Antizipation einer vertieften Prüfung und der Anwendung von Gründen zur Ablehnung der Vollstreckung der EEA der Logik des gegenseitigen Vertrauens. Der Ansatz des EuGH erscheint pragmatisch: Er hat sich nicht „bemüht“, einen anspruchsvolleren Begriff der Justizbehörde herauszuarbeiten, da das gegenseitige Vertrauen relativer zu sein scheint. Der EuGH könnte jedoch die Anwendung des Grundes für die Nichtvollstreckung in Art. 11 Abs. 1 Buchst. f der EEA-Richtlinie durch einen ausreichend schützenden Begriff der Justizbehörde einschränken. Die Unterstützung durch die Vollstreckungsbehörde hat aus denselben Gründen, die auf das Fehlen von inhärenten Eigenschaften zurückzuführen sind, auch ihre Grenzen. Die EEA wird übrigens im Gegensatz zum EuHb nicht (zwangsläufig) von einer Justizbehörde vollstreckt.

Die Schutzsysteme des EuHb und der EEA enthalten auch die schützendere Intervention des Richters, die jedoch beeinflusst wird.

³¹³⁶ Wenn man diesem Begriff eine besondere Bedeutung beilegt, die mit den Eigenschaften der Behörde zusammenhängt.

³¹³⁷ Siehe EuGH, *HP*, Rn. 54.

³¹³⁸ Siehe EuGH, *A. et a.*, Rn. 56-63.

³¹³⁹ Siehe EuGH, *A. et a.*, Rn. 64-69.

b) Die Modulation des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes im Hinblick auf den justiziellen Schutz

Im Rahmen des EuHb ist die Stellung des Richters „nur“ ergänzend. Die Erfüllung der Anforderungen des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes wird bei der Ausstellung des EuHb an zwei verschiedenen Stellen verwirklicht. Zunächst muss eine gerichtliche Entscheidung zumindest auf einer der beiden Stufen des justiziellen Schutzes erlassen werden³¹⁴⁰. Eine der Justizbehörden, die den nationalen Haftbefehl oder den EuHb ausstellt, muss gleichzeitig ein Richter sein. Diese Beteiligung des Richters bedeutet grundsätzlich seine Letztverantwortung bei der Entscheidungsfindung. Dadurch wird der Schutz der Grundrechte auf mindestens einer der beiden Stufen des justiziellen Schutzes im Verfahren zur Ausstellung eines EuHb verstärkt. In seinem *PI*-Urteil vom 10. März 2021 legte der EuGH fest, wann die richterliche Kontrolle eingreifen muss³¹⁴¹. Die Entscheidung des Richters als ausstellende Justizbehörde muss aus Vertrauensgründen vor der Vollstreckung des EuHb stattfinden.

Die andere mögliche Intervention des Richters erfolgt, wenn der nationale Haftbefehl von einem Richter und der EuHb von einer Justizbehörde, die kein Richter ist, ausgestellt wird. Die Entscheidung, den EuHb auszustellen, muss dann vor einem Richter überprüft werden können³¹⁴². Hierbei handelt es sich um eine zweite, indirektere Art der gerichtlichen Kontrolle. Dieser zusätzliche Schutz stellt einen Kompromiss zwischen der Wirksamkeit des EuHb und dem Schutz der Grundrechte dar. Diese Verdoppelung verzögert das notwendige Eingreifen des Richters aufgrund des damit verbundenen justiziellen Schutzes. Der Schutz ist in Bezug auf Intensität und Zeit abgestuft. Der EuGH zeigt jedoch eine fragwürdige Flexibilität bei der konkreten Umsetzung dieses Rechtsbehelfs, wodurch der gewährte Schutz nuanciert wird³¹⁴³.

Im Rahmen der EEA dient der gerichtliche Schutz dazu, den Mangel an justiziellem Schutz auszugleichen. Der EuGH vermischt somit Argumente, die sich auf die Definition des Begriffs der Justizbehörde beziehen, mit Elementen, die unter die separate Frage des

³¹⁴⁰ EuGH, *OG und PI*, Rn. 68-69 ; EuGH, *PF*, Rn. 46 ; EuGH, *XD*, Rn. 39.

³¹⁴¹ EuGH (Erste Kammer), *PI*, 10. März 2021, Rs. C-648/20 PPU.

³¹⁴² Siehe insbesondere EuGH, *OG und PI*, Rn. 75 ; Rn. 53 des Urteils *PF* ; EuGH, *XD*, Rn. 41 ; EuGH, *PI*, Rn. 46, EuGH, *MM*, Rn. 65.

³¹⁴³ EuGH (Erste Kammer), *JR & YC*, 12. Dezember 2019, Rs. C-566/19 PPU & C-626/19 PPU.
EuGH (Erste Kammer), *ZB*, 12. Dezember 2019. Rs. C-627/19 PPU.
EuGH (Dritte Kammer), *MM*, 13. Januar 2021, Rs. C-414/20 PPU.

gerichtlichen Rechtsschutzes fallen. Ein effektiver gerichtlicher Rechtsschutz wird durch den Grundsatz der gleichwertigen Rechtsbehelfe gewährleistet³¹⁴⁴. Ein solcher Grundsatz kann jedoch weder einen gleichwertigen Schutz noch auch nur die Existenz eines gerichtlichen Rechtsbehelfs garantieren. Diese Mangelhaftigkeit wurde in einem kürzlich ergangenen Urteil *Ganavonozov II* teilweise behoben³¹⁴⁵. Der EuGH hat der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten im Hinblick auf Artikel 47(1) der Charta einen Rahmen gesetzt. Er erklärte die Regelung eines Ausstellungsmitgliedstaats für nicht konform mit Europäischen Grundrechten und dem EU-Recht, weil sie keinen Rechtsbehelf gegen die Ausstellung einer EEA in Bezug auf bestimmte Ermittlungsmaßnahmen vorsah. Dieser Mitgliedstaat dürfte dann aufgrund der Antizipation der zu leichten Widerlegbarkeit der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens keine EEA ausstellen. Der EuGH hat es vorgezogen, den gerichtlichen Schutz zu stärken und teilweise zu autonomisieren, anstatt den justiziellen Schutz zu verstärken. Das Erfordernis eines Rechtsbehelfs löst jedoch nicht alle Schwierigkeiten.

Die Definition des Begriffs der Justizbehörde ist nicht der einzige Punkt, der derzeit problematisch ist.

Abschnitt 2: Die Schwierigkeiten bei der Umsetzung der *Aranyosi*-Methodik: ein übermäßiger Rahmen für den konkreten Schutz der Grundrechte?

Der Versuch, den ausreichenden Schutz der Grundrechte der EU durch die *Aranyosi*-Methodik zu standardisieren, wirft Fragen auf **(1)**. Insbesondere scheint die Pflicht zur Aufschiebung übermäßig auf die Vollstreckung des EuHb ausgerichtet zu sein **(2)**. Dies gilt auch für die Ausstellung von Zusicherungen seitens des ausstellenden Mitgliedstaats **(3)**. Schließlich stellt sich also die Frage, ob die *Aranyosi*-Methodik auf die EEA übertragen werden kann und soll **(4)**.

1) Der Umfang der Methodik der zweistufigen Prüfung im Rahmen des EuHb

Aufgrund seines Einzelfallansatzes lässt der EuGH die Frage offen, ob der Grund für die Nichtvollstreckung des EuHb auch auf andere Bestimmungen der Charta erweitert werden kann. Denkbare Erweiterungen würden auf den konkreten Schutz des

³¹⁴⁴ Siehe EuGH, *A e. a.*, Rn. 60 und 61.

³¹⁴⁵ EuGH (Erste Kammer), *Gavanozov II*, 11. November 2021, Rs. C 852/19.

wesentlichen Inhalts der anderen Grundrechte der GR-Charta abzielen. Künftige Vorabentscheidungsersuche könnten zum Beispiel dazu führen, dass der EuGH über einen Grund entscheidet, der mit der Achtung des Rechts auf Privat- und Familienleben zusammenhängt³¹⁴⁶. Dies würde es ermöglichen, zu beobachten, ob alle nicht-absoluten Grundrechte der GR-Charta über einen geschützten wesentlichen Inhalt verfügen. Der wesentliche Inhalt der Grundrechte ist offensichtlich mit dem Schutz der Grundwerte der EU verbunden. Es scheint jedoch schwierig für den EuGH zu sein, die Definition des wesentlichen Inhalts auf diese Weise allein durchzusetzen.

Der EuGH scheint auch das Schutzniveau zu standardisieren. Der Verweis auf den „wesentlichen Inhalt“ des Grundrechts klingt anscheinend in Art. 52 Abs. 1 der GR-Charta an. Der Grund zur Ablehnung der Vollstreckung kann sich auf einen konkreten Mindestschutz beschränken. Dies wird tendenziell durch die Berufung auf die Rechtsprechung des EGMR bestätigt³¹⁴⁷. Der Schutz wird auch durch das zweistufige Verfahren zur Überprüfung des echten Risikos standardisiert³¹⁴⁸. Die erste *in-abstracto*-Prüfung scheint jedoch angesichts des Verbots von Artikel 4 GR-Charta fragwürdig, weil dieser direkt auf das im Einzelfall betroffene Individuum abzielt, ohne dass zwangsläufig ein institutioneller oder struktureller Aspekt gemeint ist. Diese Kontrolle entspricht eher dem Recht auf ein faires Verfahren. Der EuGH sollte jedoch seine Verantwortung für die Feststellung des allgemeinen Risikos durch präzisere Leitlinien bei Vorabentscheidungsersuchen wahrnehmen. Die zweite *in-concreto*-Kontrolle ist das wichtigste Ausweichmittel gegen die Anwendung des Rechtsprechungsgrundes und scheint dem Recht auf ein faires Verfahren nicht unbedingt angemessen zu sein.

Bei der Anwendung des Ablehnungsgrundes, der auf der Grundlage von Artikel 1 Abs. 3 des EuHb-Rahmenbeschlusses vorgesehen ist, könnte die Wahl einer Kontrollebene, die der Natur des betreffenden Grundrechts entspricht, eine interessante Lösung darstellen³¹⁴⁹. Eine andere Lösung könnte darin bestehen, dass das bei der ersten *in-abstracto*-Kontrolle festgestellte Risiko im Einzelfall umgekehrt wird. Der EuGH sollte auch die potenzielle kumulative Wirkung der Risiken der Verletzungen von Grundrechten

³¹⁴⁶ B. AUBERT, „De quelques évolutions en matière de mandat d'arrêt européen“, *AJ Pénal*, 2017, S. 111 à 114.

³¹⁴⁷ EuGH, *ML*, Rn. 91-100. Bestätigung EuGH, *Dorobantu*, Rn. 70-79.

³¹⁴⁸ M. WENDEL, „Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM“, *European Constitutional Law Review* 2019, Volume 15, Issue 1, S. 17-48.

³¹⁴⁹ E. XANTHOPOULOU, „Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust“, *Common Market Law Review* 55, 2018, S. 489 à 509.

in Betracht ziehen³¹⁵⁰. Sie sollte überdies über eine kohärente und angemessene Anwendung der Gründe für die Ablehnung der Vollstreckung des EuHb und des EEA in einem selben Fall nachdenken.

Im Folgenden sollen einige Elemente der Aranyosi-Kontrolle, darunter die Aufschiebungspflicht, genauer untersucht werden.

2) Die fragwürdige Verpflichtung zur Aufschiebung: ein zu sehr auf die Wirksamkeit des EuHb ausgerichteter Schritt

Stellt die vollstreckende Justizbehörde fest, dass ein individuelles, echtes Risiko besteht, muss die Vollstreckung des EuHb aufgeschoben werden³¹⁵¹. Im Zusammenhang mit der Aufschiebung der EuHB-Vollstreckung besteht eine starke Verpflichtung zur Diskussion zwischen den Justizbehörden, um zu versuchen, die erste positive Einschätzung des individuellen echten Risikos zu korrigieren und die Anwendung des Ablehnungsgrundes zu vermeiden. Die Aufschiebung scheint auf den ersten Blick ein verhältnismäßiger Vorschlag zu sein und sollte der vollstreckenden Justizbehörde die endgültige Beurteilung über die Anwendung des Ablehnungsgrundes überlassen. Diese Lösung wirft jedoch einige Kritikpunkte auf, wenn sie im Lichte der Lanigan-Rechtsprechung verstanden wird³¹⁵². Der Aufschub wird zu einem fragwürdigen obligatorischen und zusätzlichen Schritt, der der Wirksamkeit des EuHb übermäßig förderlich ist.

Abgesehen von der fragwürdigen Grundlage dieser Verpflichtung, gilt die Aufschiebung der Entscheidung über die Vollstreckung des EuHb nur, wenn das individuelle echte Risiko zum ersten Mal festgestellt wurde³¹⁵³. Die Annahme eines ungewissen individuellen Risikos hätte die Verschiebung und Überschreitung der Fristen in Art. 17 des EuHb-Rahmenbeschlusses überzeugender gerechtfertigt. Der EuGH eröffnet eine neue Möglichkeit der Fristüberschreitung mit der einzigen Rechtfertigung, die Wirksamkeit des EuHb zu fördern. Die Aufrechterhaltung der Vollstreckungspflicht hat weiterhin Vorrang, obwohl ein erheblicher Sicherheitsgrad in Bezug auf das individuelle

³¹⁵⁰ J. GENEUSS, A. WERKMEISTER, „Faire Strafverfahren vor systemisch abhängigen Gerichten?: Europäischer Haftbefehl und Recht auf ein unabhängiges Gericht: Überlegungen anhand des Celmer-Urteils des EuGH“, *ZStW* 132(1), 2020, S. 102 à 132.

³¹⁵¹ EuGH, *Aranyosi*, Rn. 98 ; EuGH, *ML*, Rn. 65.

³¹⁵² EuGH (Große Kammer), *Minister for Justice and Equality gegen Francis Lanigan*, 16. Juli 2015, Rs. C-237/15 PPU. Im Folgenden « Urteil *Lanigan* ».

³¹⁵³ EuGH, *Aranyosi*, Rn. 104, vorletzter Satz.

echte Risiko besteht. Diese Lösung wirft auch neue Fragen in Bezug auf den Grundrechtsschutz aufgrund der möglichen Untersuchungshaft während der Aufschiebung auf³¹⁵⁴. Ob eine vorläufige Inhaftierung oder Freilassung erfolgt, wird zum Teil vom innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten abhängen. Diese werden jedoch durch die Rechtsprechung des EuGH beeinflusst. Es wäre sinnvoll, die Inhaftierung zur Ausnahme zu machen. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Um die Übereinstimmung der Haft mit Artikel 6 der GR-Charta zu überprüfen, muss die vollstreckende Justizbehörde eine dritte konkrete Prüfung vornehmen. Diese Überprüfung erfordert einen erheblichen Aufwand, während sie bereits ihren Dialog mit der ausstellenden Justizbehörde fortsetzt. In der *Aranyosi*-Hypothese hängt die Dauer der Haft und damit ihre Übereinstimmung mit Art. 6 der GR-Charta insbesondere von der Sorgfalt der vollstreckenden Justizbehörde ab. Sie hat daher ein großes Interesse daran, dass die Aufschiebung so kurz wie möglich ist, wenn sich die Person in Haft befindet. Die Alternative könnte eine häufigere Freilassung sein. Dies scheint jedoch unwahrscheinlich, da erhebliche Mittel gegen das Fluchtrisiko und für die Aufrechterhaltung der materiellen Bedingungen für die Übergabe aufgewendet werden müssen. Die Kombination von Schutzstandards mit den spezifischen Anforderungen des Unionsrechts dient indirekt, aber sicher der Beschleunigung des Verfahrens zur Vollstreckung des EuHb³¹⁵⁵ und sollte die Aufrechterhaltung der Haft begünstigen.

Hier wird Schnelligkeit mit Übereilung verwechselt. Die Justizbehörden werden in der Praxis eine eventuell zu wenig Zeit haben, um eine effektive gründliche Überprüfung durchzuführen. Es besteht die Gefahr, dass die Prüfung oberflächlich durchgeführt wird, und die allgemeine Tendenz würde auf eine Übergabe hinauslaufen.

Der GR-Schutz scheint durch das Zusicherungssystem noch relativiert zu werden.

3) Das europäisierte Zusicherungssystem angesichts eines erwiesenen Risikos

Aufgrund des Kompromisses, den völkerrechtlichen Zusicherungen ermöglichen, wurden sie vom EuGH in den Rahmen des EuHb übertragen. Der konkrete Schutz der Grundrechte kann versprochen werden, um die Vollstreckung des EuHb trotz des erwiesenen Risikos zu ermöglichen. Der ausstellende Mitgliedstaat kann eine Zusicherung abgeben, um die Anwendung des Nichtvollstreckungsgrundes nach Artikel 1(3) des

³¹⁵⁴ EuGH, *Aranyosi*, Rn. 100, 101, 102 ; EuGH, *Lanigan*, Rn. 44, 45 und 52-60.

³¹⁵⁵ V. GIANNOULIS, „La CJUE et les délais d'exécution du mandat d'arrêt européen“, *RSC*, 2016, S. 237-254.

EuHb-Rahmenbeschlusses und Artikel 4 EUGR-Charta zu vermeiden³¹⁵⁶. Eine Zusicherungsmöglichkeit im Rahmen des Grundes nach Art. 1 Abs. 3 des EuHb-Rahmenbeschlusses und Art. 47 Abs. 2 EUGR-Charta ist wahrscheinlich.

Der EuGH hat Elemente eines Systems, das auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens beruht, mit einem stark diplomatischen Instrument des Völkerrechts kombiniert. Diese Lösung führt möglicherweise dazu, dass die vollstreckende Justizbehörde ihrer neuen Rolle im Bereich des Grundrechtsschutzes beraubt wird. Es besteht die Gefahr, dass sie nur teilweise und um den Preis einer erheblichen zusätzlichen Anstrengung schützen kann. Die Zusicherung ist ein Element, das die vollstreckende Justizbehörde nicht ignorieren kann, sofern sie hinreichend genau ist³¹⁵⁷. Der garantierte Zusicherungsschutz ist hyperindividualisiert und könnte in der Praxis die Fortführung kritischer Gesamtsituationen innerhalb der Mitgliedsstaaten begünstigen.

Im Rahmen des EuHb ist die Zusicherung des ausstellenden Mitgliedstaates eine freiwillige, fakultative und spontane Maßnahme³¹⁵⁸. In der Praxis sollte allerdings die Nichtausstellung einer Zusicherung zur Nichtübergabe führen. Der Vorteil einer Zusicherung ist nur dann erkennbar, wenn sie tatsächlich gegeben wird. In der Tat sollen justizielle Zusicherungen, d. h. von einer Justizbehörde ausgestellte oder bestätigte Zusicherungen, in Rücksicht auf das gegenseitige Vertrauen, zu einer Verpflichtung zur Übergabe führen³¹⁵⁹. Der Wert der justiziellen Zusicherung erscheint jedoch angesichts der möglicherweise eingeschränkten Unabhängigkeit der ausstellenden Justizbehörde problematisch. Dennoch kann die Vermutung, dass diese Versicherung zuverlässig ist, nur schwer widerlegt werden³¹⁶⁰. Die Garantie, die eine nicht justizielle Zusicherung darstellt, ist im Vergleich dazu viel relativer. Der Ausstellungsmitgliedstaat wird daher ein Interesse daran haben, eine justizielle Zusicherung zu geben, wenn dies möglich ist. Die Zusicherung sollte idealerweise zum Zeitpunkt der Aufschiebung der Entscheidung über die Vollstreckung der EEA gegeben werden, wenn die Justizbehörde ihre Beurteilung über das Vorliegen eines erwiesenen individuellen Risikos aufrechterhält.

Angesichts der vorgebrachten Kritikpunkte stellt sich die Frage, ob die Aranyosi-Methodik auch auf andere Instrumente wie die EEA angewendet werden sollte.

³¹⁵⁶ EuGH, *ML*, Rn. 106-107 ; EuGH, *Dorobantu*, Rn. 68-69.

³¹⁵⁷ EuGH, *ML*, Rn. 111.

³¹⁵⁸ EuGH, *ML*, Rn. 110.

³¹⁵⁹ EuGH, *ML*, Rn. 112 ; EuGH, *Dorobantu*, Rn. 68.

³¹⁶⁰ EuGH, *Dorobantu*, Rn. 69.

4) Eine fragwürdige Umsetzung im Rahmen der EEA

Der EuGH möchte eine systematische Anwendung des Grundes von Artikel 11(1)f der EEA-Richtlinie vermeiden³¹⁶¹. In diesem Sinne scheint die Umsetzung der *Aranyosi*-Methodik in mancher Hinsicht zulässig zu sein, während andere Elemente zu einer gegenteiligen Feststellung führen können. Diese Umsetzung wird dann vor allem von Willen und Geschick des EuGH abhängen.

Der Grund aus Artikel 11(1)f der EEA-Richtlinie könnte mit einer Bestimmung der GR-Charta kombiniert werden. In Verbindung mit Artikel 4 GR-Charta wäre ein solcher Grund auf den ersten Blick nur in den Fällen der vorübergehenden Überstellung von Personen relevant, die in Artikel 22 und 23 der Richtlinie vorgesehen sind. Aufgrund seiner verfahrensrechtlichen Natur und der Bandbreite der Maßnahmen, die vollstreckt werden können, könnte der Grund in Artikel 11(1)f EEA-Richtlinie und Artikel 47(2) der GR-Charta viel weiter gefasst angewendet werden. Auch die Bestände die Möglichkeit einer Kombination mit anderen Grundrechten wie etwa dem Recht auf Privatsphäre, das durch Artikel 7 GR-Charta garantiert wird, würde sich stellen.

Das zweistufige Kontrollverfahren wäre von der Vollstreckungsbehörde des EEA durchzuführen, doch diese ist nicht unbedingt justiziell oder mit besonderen Eigenschaften ausgestattet. Die Anwendung einer *in-abstracto*-Kontrolle könnte ebenfalls Schwierigkeiten mit sich bringen, da das Vorliegen allgemeiner oder systemischer Mängel beim Recht auf ein faires Verfahren auf eine große Anzahl von EEA abzielen könnte. Im Rahmen der *in-concreto*-Kontrolle stellt der Informationsaustausch zwischen der ausstellenden und der vollstreckenden Behörde aufgrund der Begriffe der „ausstellenden Behörde“, der „ausstellenden Justizbehörde“ und der „vollstreckenden Behörde“, die im Rahmen der EEA festgelegt wurden, eine echte Schwierigkeit dar. Die fehlende Unabhängigkeit dieser Behörden würde es nicht erlauben, sich auf ausreichendes gegenseitiges Vertrauen zu stützen. Wenn die Aufschiebungspflicht umgesetzt wird, sollte zu diesem Zeitpunkt die Ausstellung von Zusicherungen in Betracht gezogen werden. Es ist nicht sicher, ob der EuGH eine tragfähige Grundlage finden würde. Die einzige, kritikwürdige Option wäre, sich auf die Notwendigkeit zu stützen, für bestimmte Maßnahmen gemeinsame Vereinbarungen zu treffen.

Es stellt sich auch die Frage nach der Relevanz einer solchen Umsetzung der Methodik. Die vollstreckende Justizbehörde könnte die Vollstreckung der EEA trotz eines

³¹⁶¹ Siehe EuGH, *Gavanozov II*, Rn. 59. Der Ausnahme- und Einzelfallcharakter des Ablehnungsgrundes kann abgeleitet werden.

strengen Rahmens für die Anwendung des Ablehnungsgrundes abwenden. Insbesondere hat die vollstreckende Behörde durch das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme einen wichtigen Einfluss. Dies sollte es ihr ermöglichen, eine alternative Maßnahme zu fordern³¹⁶². Im Rahmen besonderer Ermittlungsmaßnahmen könnten zusätzliche Ablehnungsgründe auch indirekte Mittel sein, um den Schutz der Grundrechte zu gewährleisten³¹⁶³.

Gelingt es der Europäischen Staatsanwaltschaft angesichts der anhaltenden Schwierigkeiten, ein zufrieden stellendes Verhältnis zwischen den strukturierenden Grundsätzen zu erreichen?

³¹⁶² Artikel 10(3)(4) EEA-Richtlinie.

³¹⁶³ Diese zusätzlichen Gründe betreffen die fehlende Zustimmung der Person, gegen die sich die Maßnahme richtet, die Nichteinhaltung grundlegender Prinzipien des Rechts des Vollstreckungsstaats oder sogar den Fall, dass die beantragte Ermittlungsmaßnahme in einem ähnlichen nationalen Verfahren nicht genehmigt wird.

KAPITEL 2: Die neue Europäische Staatsanwaltschaft: die besondere (Ent-)Kopplung der strukturierenden Grundsätzen?

Zwar gibt es die Voraussetzungen für eine Vertrauensvermutung gegenüber der Europäischen Staatsanwaltschaft, aber dieses Potenzial wird nicht durch den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts genährt (**Abschnitt 1**). Trotz der Anerkennung von Ermittlungs- und Strafverfolgungsbefugnissen bleiben die Wirksamkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft und die konkrete Einhaltung der Grundrechte in der Praxis übermäßig von den Mitgliedstaaten abhängig (**Abschnitt 2**). Die strukturierenden Grundsätze scheinen in gewisser Weise auseinandergerissen oder „negativ“ artikuliert zu sein.

Abschnitt 1: Die Schaffung einer europäischen Justizbehörde in einem unzureichend harmonisierten Rahmen: eine Vertrauensvermutung mit begrenzten Auswirkungen

Die Staatsanwaltschaft verfügt über die erforderlichen Eigenschaften einer schützenden und unabhängigen Justizbehörde (**1**). Das Vertrauen, das potenziell in die Europäische Staatsanwaltschaft als Justizbehörde gesetzt werden kann, wird leider nicht durch einen ausreichend klaren und präzisen, einheitlichen Zuständigkeitsrahmen für die Ausübung ihrer Befugnisse gestärkt (**2**).

1) Eine autonome aber integrierte Justizbehörde: eine mehrstufige Unabhängigkeit und Hierarchie

Die Europäische Staatsanwaltschaft funktioniert als eine einheitliche, aber integrierte Staatsanwaltschaft, die auf zwei Ebenen organisiert ist: zentral und dezentral³¹⁶⁴. Die Merkmale dieser Ebenen sollen die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft sicherstellen und eine hierarchische interne Arbeitsweise ermöglichen. So gibt es eine allgemeine funktionale Unabhängigkeit³¹⁶⁵ und vor allem eine angepasste organische Unabhängigkeit der unterschiedlichen Mitglieder der Europäischen Staatsanwaltschaft. Die Verteilung der verschiedenen Entscheidungs- und operativen Befugnisse passt sich an die unterschiedlichen Legitimitäten und Unabhängigkeiten an,

³¹⁶⁴ Artikel 8 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁶⁵ Artikel 6(1) der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

die jedem Akteur der Europäischen Staatsanwaltschaft eigen sind³¹⁶⁶. Die strategischen Entscheidungs- und Aufsichtsbefugnisse sind auf der zentralen Ebene der Staatsanwaltschaft konzentriert **(a)**, während die operativen Befugnisse der dezentralen Ebene anvertraut sind **(b)**.

a) Die zentrale Entscheidungsebene: eine unabhängige aber komplexe hierarchische Macht

Die verschiedenen zentralisierten Unterabteilungen der Staatsanwaltschaft weisen individualisierte Entscheidungs- und Aufsichtsfunktionen auf, die je nach Grad der Unabhängigkeit aufgeteilt sind. Diese Aufteilung ermöglicht es, die verschiedenen Stufen der Entwicklung, Anpassung und Durchführung der Strafrechtspolitik der Europäischen Staatsanwaltschaft voneinander zu trennen. Jede Unterabteilung verfügt entsprechend dieser Aufteilung über eine ausreichende Unabhängigkeit und Legitimität. Die Europäische Staatsanwaltschaft ist daher trotz des bürokratischen Aspekts der Entscheidungsfindung recht unabhängig und hierarchisch aufgebaut³¹⁶⁷.

Der Generalstaatsanwalt ist offiziell an der Spitze positioniert. Seine Legitimität und Unabhängigkeit entsprechen den Erwartungen, die man an einen Akteur an der Spitze einer europäischen Justizbehörde stellen kann³¹⁶⁸. Seine individuelle Rolle beschränkt sich jedoch darauf, die Arbeit zu organisieren oder die Europäische Staatsanwaltschaft zu vertreten³¹⁶⁹.

Die strategische und hierarchische Macht wird dann zwischen den anderen zentralen Akteuren aufgeteilt, die von den Europäischen Staatsanwälten in verschiedenen Kombinationen gebildet wird. Die Bedingungen für die Ernennung und Entlassung der Europäischen Staatsanwälte sind daher ein wichtiges Thema. Der Europäische Staatsanwalt wird als „Vertreter“ seines Herkunftsmitgliedstaates ernannt, ist aber normalerweise unabhängig genug, um wichtige Entscheidungs- und Kontrollfunktionen zu

³¹⁶⁶ V. MITSILEGAS, „Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Co-ordination and Centralisation“, in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, S. 83-123.

³¹⁶⁷ D. Magnus, „Europäische Staatsanwaltschaft - Vorzüge und Schwächen des aktuellen EU-Verordnungsvorschlags“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 06/2015, S. 181-186.

³¹⁶⁸ Artikel 14 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁶⁹ Artikel 11 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

übernehmen³¹⁷⁰. Die individuellen Merkmale der Europäischen Staatsanwälte werden dann mit der spezifischen Zusammensetzung jeder Unterebene kombiniert. Die wichtigste strategische und hierarchische Macht wird dem Kollegium und der Ständigen Kammer zugewiesen. Das Kollegium gibt interne allgemeine Orientierungen vor, um eine eigene, wirksame und die Grundrechte achtende Strafrechtspolitik der Europäischen Staatsanwaltschaft zu bestimmen³¹⁷¹. Die ständigen Kammern befinden sich auf der mittleren und besonders wichtigen Stufe zwischen allgemeiner strategischer und spezifischer Entscheidungsbefugnis im Rahmen eines bestimmten Falles³¹⁷². Es handelt sich um die Instanz, die abgesehen vom Generalstaatsanwalt am wenigsten mit den Mitgliedstaaten verbunden ist. Im Rahmen ihrer Aufsichtsfunktion werden ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit weiter gestärkt.

Auf der letzten Unterstufe übernehmen die Europäischen Staatsanwälte³¹⁷³ individuell die Aufsicht über die Ermittlungen und Strafverfolgungen der Delegierten Europäischen Staatsanwälte im Namen der Ständigen Kammer. Als Verbindungsglied zwischen der zentralen und der dezentralen Ebene kommt der Europäische Staatsanwalt aus dem Mitgliedstaat, in dem die Ermittlungen stattfinden. Dies ist ein notwendiger Kompromiss im Hinblick auf die Struktur der Europäischen Staatsanwaltschaft. Die Europäischen Staatsanwälte gewährleisten dann nur eine engere, technische und konkrete Aufsichtsebene.

Nun soll ein Blick auf ihre dezentrale Ebene geworfen werden.

b) Die dezentralisierte operative Ebene: ein notwendigerweise „doppelter“ Akteur als Quelle einer Ambivalenz

Die Delegierten Europäischen Staatsanwälte bilden die dezentralisierte Ebene der Europäischen Staatsanwaltschaft und sind im Prinzip die einzigen, die über operative Befugnisse im Territorium der Mitgliedstaaten verfügen³¹⁷⁴. Der Delegierte Europäische Staatsanwalt (im Folgenden DES) ist dazu berufen, in seinem Herkunftsmitgliedstaat zu operieren. Die Verfahren für die Ernennung und Entlassung des DES berücksichtigen die

³¹⁷⁰ Artikel 16 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁷¹ Artikel 9 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁷² Artikel 10 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁷³ Artikel 12 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁷⁴ Artikel 13 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

Herausforderungen, die sich aus seiner Unabhängigkeit, aber auch aus seiner Verankerung ergeben³¹⁷⁵. Er soll einen funktional und rechtlich unabhängigen Status haben, der sich von jedem nach nationalem Recht gewährten Status unterscheidet, soll jedoch zugleich ein aktives Mitglied des Strafrechtssystems des betreffenden Mitgliedstaats sein. Die DES werden von den Mitgliedstaaten benannt und auf Vorschlag des Europäischen Generalstaatsanwalts vom Kollegium ernannt. Die Mitgliedstaaten haben also die ursprüngliche Wahl der Kandidaten, aber zwei zentralisierte Behörden der Europäischen Staatsanwaltschaft greifen erheblich ein. Das Verfahren zur Entlassung scheint autonomer zu sein.

Die Anforderung, dass der DES ein aktives Mitglied der Staatsanwaltschaft oder der Justiz des Mitgliedstaats sein muss, kann Schwierigkeiten bereiten. Dieses Kriterium muss im Zusammenhang mit der Möglichkeit gesehen werden, dass ein DES gleichzeitig das Amt eines nationalen Staatsanwalts ausübt. Die mögliche „Doppelmütze“ kann einen weiteren Faktor darstellen, der die Unabhängigkeit des DES gegenüber den Mitgliedstaaten relativiert³¹⁷⁶. Letztendlich bleibt die "doppelte" Legitimität des DES eine Quelle praktischer Unklarheit, sie scheint aber zugleich auch notwendig zu sein. Die DES werden aufgrund dieser Verbindung mit operativer Macht betraut. Die Praxis wird zeigen, ob dies für die Wirksamkeit ihrer Ermittlungen förderlich ist oder ein zusätzliches Hindernis darstellt. Die hierarchischen und aufsichtsrechtlichen Befugnisse, die von der zentralen Ebene der Europäischen Staatsanwaltschaft ausgeübt werden, mildern diese Ambivalenz ebenfalls etwas ab. Der DES handelt ausschließlich im Auftrag der Europäischen Staatsanwaltschaft. Er unterliegt daher den direkten oder indirekten strategischen Entscheidungs- und Überwachungs- oder Weisungsbefugnissen der verschiedenen Behörden auf der zentralisierten Ebene der Europäischen Staatsanwaltschaft³¹⁷⁷. Gleichzeitig verfügt der DES über einen Handlungsspielraum, um möglichst reaktionsfähig zu sein. Die externe funktionale Unabhängigkeit des DES und die Subordination gegenüber dem internen "Vorgesetzten" sollten die Autonomie der Europäischen Staatsanwaltschaft bei der harmonischen Umsetzung ihrer Strafrechtspolitik gewährleisten.

Eine weitere Voraussetzung für die Ausübung der Befugnisse der Europäischen Staatsanwaltschaft ist die Festlegung ihres Zuständigkeitsrahmens.

³¹⁷⁵ Artikel 17 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁷⁶ Artikel 13(3) der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁷⁷ Artikel 26(3) der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

2) Die ungewisse Einleitung von Ermittlungen durch die Europäische Staatsanwaltschaft: der Vorrang eines nicht ausreichend präzisen Unionsrechts

Aufgrund der Verbindung zwischen der Einleitung von Ermittlungen und der Festlegung ihrer Zuständigkeit wird das Recht der Staatsanwaltschaft auf Einleitung von Ermittlungen in einem unsicheren rechtlichen Rahmen ausgeübt, was seine Wirksamkeit beeinträchtigt **(a)**. Andererseits hängt die Einleitung von Ermittlungen auch von Informationen ab, deren Zugang der Europäische Staatsanwaltschaft nicht kontrollieren kann **(b)**.

a) Eine durchkreuzte Handlungspriorität der Europäischen Staatsanwaltschaft

Der Delegierte Europäische Staatsanwalt übt seine Zuständigkeit aus eigener Initiative aus, indem er eine Ermittlung *ab initio* einleitet, Artikel 26 der Verordnung, oder indem er von seinem Evokationsrecht Gebrauch macht, Artikel 27 der Verordnung. Die Europäische Staatsanwaltschaft verfügt somit über eine wichtige Möglichkeit der Selbstbefassung, was die Wirksamkeit ihrer Ermittlungen fördert. Sie profitiert vom Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit. Die zuständigen nationalen Behörden verzichten darauf, ihre Zuständigkeit auszuüben³¹⁷⁸. Auf diese Weise werden Konkurrenz und Doppelarbeit bei den Ermittlungen vermieden, wobei der Grundsatz *ne bis in idem* beachtet und das Ziel der Effizienz eingehalten wird. Die Initiativbefugnis der Europäischen Staatsanwaltschaft ist *de facto* ebenfalls vorrangig³¹⁷⁹. Dieser Handlungsvorrang trägt zum Vorrang des materiellen Strafrechts der Union und seiner Einhaltung bei.

Das autonome und vorrangige Ermittlungsrecht der Europäischen Staatsanwaltschaft wird leider innerhalb des unsicheren und unzureichend vereinheitlichten Rahmens ihrer Zuständigkeit ausgeübt. Die Europäische Staatsanwaltschaft begründet ihre Zuständigkeit als „abgeleitete“ Befugnis. Ihre Tätigkeit unterliegt dann aufgrund der Verbindung zwischen der zu untersuchenden Straftat und dem Strafrechtssystem der Mitgliedstaaten zahlreichen Einschränkungen oder

³¹⁷⁸ Artikel 5(6) der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁷⁹ D. SIMON, « Acte de naissance du Parquet européen », *Europe* n° 11, Novembre 2020, repère n°10.

Abwandlungen innerhalb ihres natürlichen Wirkungsbereichs³¹⁸⁰. Der Kontext, in dem eine solche Ermittlung ausgelöst werden kann, ist auch im Hinblick auf das Recht auf ein faires Verfahren und die Verteidigungsrechte nicht klar genug definiert³¹⁸¹. Die Europäische Staatsanwaltschaft verfügt über eine Befugnis mit instrumentellem und technischem Charakter. Die aufgestellten Kriterien lassen im Übrigen einen Interpretations- und Anfechtungsspielraum für die nationalen Justizbehörden. Diese Abhängigkeit erhöht das Risiko von Konkurrenz und Kompetenzkonflikten zwischen den nationalen Behörden und der Europäischen Staatsanwaltschaft. Das eingeführte System bewegt sich somit zwischen dem traditionellen nationalen Standard und einer EU-Strafjustiz die erst in Ansätzen existiert³¹⁸². Die Wirksamkeit der Ermittlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft wird durch die Variabilität ihre Befugnisse im Rahmen des Systems konkurrierender Zuständigkeiten relativiert.

Die Möglichkeit, Ermittlungen durchzuführen, erfordert ebenfalls ausreichende Informationen, doch darüber scheint man sich keine großen Gedanken gemacht zu haben.

b) Der Zugang zu Informationen und ihre Vorabbewertung : eine Abhängigkeit von divergierenden nationalen Systemen

Die volle Ausübung der Einleitung von Ermittlungen durch die Europäische Staatsanwaltschaft stößt auf ein weiteres Problem: der Zugang zu Informationen³¹⁸³. Die Übermittlung der relevanten Informationen, die sie benötigen, um ihre Zuständigkeit auszuüben und Ermittlungen einzuleiten, hängt von ihren Partnern ab, insbesondere von den zuständigen nationalen Behörden. In der Theorie scheint das System der Informationsbeschaffung und -verarbeitung klar zu sein. Doch in Wirklichkeit wurde dieser

³¹⁸⁰ Artikeln 22, 23, 25, 26, 27 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁸¹ T. RAFARACI, „Brief Notes on the European Public Prosecutor's Office : Ideas, Project and Fulfilment“, in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, S. 157-163.

³¹⁸² P. CAEIRO et J. AMARAL RODRIGUES, „A European Contraption : the Relationship between the Compétence of the EPPO and the Scope of the MS's Jurisdiction over Criminal Matters“, Chapitre 4, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA(dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, S. 57-83.

³¹⁸³ Artikel 24 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

Frage zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt³¹⁸⁴. Ohne den guten Willen der Mitgliedstaaten in Frage zu stellen, kann ihre interne Organisation bei der Bekämpfung der Finanzkriminalität die Zusammenarbeit erschweren. Die Europäische Staatsanwaltschaft ist mit einer erheblichen Vielfalt an Systemen zur Aufdeckung und Verfolgung von Finanzdelikten konfrontiert und muss potenziell mit einer großen Zahl an zuständigen Behörden in Dialog treten³¹⁸⁵. Der Zeitpunkt der Kommunikation kann sich unterscheiden, wobei die Vor- und Nachteile einer frühen oder späten Übermittlung der Informationen zu berücksichtigen sind. Die Europäische Staatsanwaltschaft wird auch die Aufgabe haben, die übermittelten Informationen innerhalb einer engen Frist von fünf Tagen zu sortieren und zu bewerten.

Auch die Europäische Staatsanwaltschaft hat keine vollständige Kontrolle über die Bewertung der Informationen, die übermittelt werden, während die Behörden der Mitgliedstaaten nicht über ein gemeinsames Bewertungsschema verfügen. Das Problem entsteht, wenn es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen der Europäischen Staatsanwaltschaft und den nationalen Behörden kommt. Die Neubewertung von Informationen durch die Europäische Staatsanwaltschaft ist keine Garantie für die Ausübung ihrer Zuständigkeit. Es gibt keinen zentralisierten und verbindlichen europäischen Mechanismus zur Schlichtung von Kompetenzkonflikten³¹⁸⁶. Im Falle von Meinungsverschiedenheiten (von denen man ahnen kann, dass sie zahlreich sein werden) räumt die Verordnung den nationalen Behörden das letzte Wort ein. Darüber hinaus sieht die EU-Verordnung keine Möglichkeit vor, gegen die Entscheidung dieser nationalen Behörden gerichtlich vorzugehen³¹⁸⁷. Eine solche Möglichkeit hängt vom innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten ab. Dies könnte zu Schlichtungen führen, die die Positionen der Behörden der Mitgliedsstaaten stärker begünstigen. Die Vorrangigkeit des Ermittlungsrechts der Europäischen Staatsanwaltschaft ist nicht mehr so klar. Wenn es also eine Form eines obligatorischen Vertrauens gibt, dann ist es das Vertrauen der Staatsanwaltschaft gegenüber den nationalen Behörden.

³¹⁸⁴ D. NEGRI, „Best Practices and Optional Models in Financial-Economic Investigations in Europe in View of European Public Prosecutor’s Office”, in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, S. 149-167.

³¹⁸⁵ Dies wird insbesondere durch einen Vergleich des französischen und des deutschen Systems deutlich.

³¹⁸⁶ V. MITSILEGAS, „Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Co-ordination and Centralisation”, in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in *European Criminal Law*, 2016, S. 83-123.

³¹⁸⁷ Artikel 42 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

In einem zweiten Schritt sollen nun die Befugnisse der Europäischen Staatsanwaltschaft betrachtet werden.

Abschnitt 2: Die unzureichende europäisierte Definition der Ermittlungs- und Strafverfolgungsbefugnisse der Europäischen Staatsanwaltschaft

Die Kennzeichen der doppelten Zugehörigkeit des DES werden bis zu den Verfahrensvorschriften verlängert, denen seine Ermittlungsmaßnahmen unterliegen **(1)**. Die Ermittlungsbefugnisse sind leider eher national als europäisch. Die Europäische Staatsanwaltschaft hat dann die Wahl der strafrechtlichen Antwort. Es gibt ein europäisiertes und gelockertes Legalitätsprinzip für die Strafverfolgung, aber das nationale Verfahrensrecht behält einen gewissen Stellenwert **(2)**.

1) Das Fehlen einer gleichwertigen Wirksamkeit und eines gleichwertigen Schutzes der Ermittlungsmaßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft

Die Ermittlungsbefugnisse des DES und die Grundrechtsgarantie sollten auf dem Stand einer autonomen, aber integrierten Europäischen Staatsanwaltschaft sein. Die Anlehnung an das nationale Recht erweist sich jedoch als weitaus wichtiger als die Festlegung europäischer Standards. Die Ermittlungsbefugnisse des Delegierten Europäischen Staatsanwalts werden im Prinzip durch einen Mindestsockel garantiert, der jedoch bereits relativ ist **(a)**. Die EU-Verordnung sieht auch grenzüberschreitende Ermittlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft vor, ohne jedoch einen einheitlichen europäischen Rahmen zu schaffen **(b)**.

a) Ein Delegierter Europäischer Staatsanwalt mit weitgehend nationalisierten Ermittlungsbefugnissen

Der DES entscheidet über die Maßnahmen unter Beachtung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Unparteilichkeit und der Gerechtigkeit. In der EU-Verordnung wird jedoch nicht genau festgelegt, welche Ermittlungsmaßnahmen ergriffen oder angeordnet werden können. Sie sieht kein vollständiges und einheitliches Regelwerk des Unionsrechts vor.

Es gibt nur ein Mindestpaket an Ermittlungsmaßnahmen, das grundsätzlich zur Verfügung steht und allen DES gemeinsam ist, wenn die Straftat mit einer Höchststrafe von mindestens vier Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist³¹⁸⁸. Solche gemeinsamen Maßnahmen sollen die Effizienz der Ermittlungen und die gegenseitige Zulässigkeit von Beweismitteln fördern. Die Liste ist jedoch enger gefasst als ursprünglich vorgesehen³¹⁸⁹. Damit wird der Europäischen Staatsanwaltschaft weniger Vertrauen geschenkt als ursprünglich geplant. Andererseits sieht die EU-Verordnung keine weiteren „europäischen“ Verfahrenshinweise vor. Es gilt die verfahrensrechtliche Regelung, die im nationalen Recht vorgesehen ist. Die Beschränkung der normalerweise immer verfügbaren Maßnahmen kann dann verschärft werden, indem die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, sie mit Bedingungen und Einschränkungen zu versehen. Die Liste der Maßnahmen kann auch theoretisch erweitert werden. Die Annäherung der normalerweise immer verfügbaren Maßnahmen ist daher selbst unvollständig.

Die DES müssen von ihrem Mitgliedstaat ebenfalls mit mindestens denselben Befugnissen ausgestattet werden wie die nationalen Staatsanwälte. Sie sind befugt, alle Maßnahmen zu beantragen oder anzuordnen, auf die die nationalen Staatsanwälte nach nationalem Recht in ähnlichen nationalen Verfahren zurückgreifen könnten³¹⁹⁰. Die verfügbaren Ermittlungsmaßnahmen können wiederum unterschiedlich sein. Die Parallelität der Befugnisse ist im Übrigen nicht perfekt: Der Einsatz einer ähnlichen Maßnahme kann verfahrensrechtlichen Beschränkungen unterliegen.

Verdächtige und beschuldigte Personen sowie andere betroffene Personen genießen dann vor allem die Verfahrensrechte, die durch das anwendbare nationale Recht gewährleistet werden³¹⁹¹. Schließlich unterliegen die Ermittlungsmaßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft der Kontrolle durch die zuständigen nationalen Gerichte³¹⁹². Der Schutz der Grundrechte in der Ermittlungsphase ist daher nicht einheitlich sein, die Zulässigkeit von Beweismitteln bleibt eine offene Frage.

Auch bei grenzüberschreitenden Ermittlungen stützt sich die Verordnung auf das nationale Recht.

³¹⁸⁸ Artikel 30 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁸⁹ Artikel 26 des Verordnungsentwurfs der Europäischen Kommission von 2013.

³¹⁹⁰ Artikel 30(4)(5) der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁹¹ T. WAHL, „The EPPO and the Fragmentation of Defence Rights”, Chapitre 5, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, S. 85-113.

³¹⁹² Artikel 42(1) der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

b) Ein ungeeignetes Rechtssystem für grenzüberschreitende Ermittlungen

Wenn eine Maßnahme in einem anderen Mitgliedstaat als dem des zuständigen DES ergriffen werden muss, beschließt dieser, die Maßnahme zu ergreifen, delegiert jedoch die Vollstreckung an einen „unterstützenden“ Delegierten Europäischen Staatsanwalt aus diesem Mitgliedstaat³¹⁹³. Die Ermittlungsbefugnisse bleiben dieselben wie bei einer „nationalen“ Ermittlung. Die Verfahrensregelung in der Verordnung beschränkt sich dann im Wesentlichen darauf, die Anwendung der verschiedenen nationalen Rechte zu koordinieren. Die Zulässigkeit von Beweismitteln kann dadurch wieder erschwert werden. Auch der Schutz der Grundrechte wird von einer überwiegend nationalen Garantie abhängen³¹⁹⁴. Der Schutz durch das EU-Recht dient als willkommenes, aber unzureichendes Rettungsnetz.

Wenn die Maßnahme nach dem Recht des Mitgliedstaats des unterstützenden DES eine gerichtliche Genehmigung erfordert, kümmert sich dieser um deren Erlangung. Der Mitgliedstaat des DES sollte nur dann eine gerichtliche Genehmigung verlangen, wenn im Mitgliedstaat des unterstützenden DES keine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist. Die Notwendigkeit, eine gerichtliche Genehmigung einzuholen, deutet auf mangelndes Vertrauen des Strafrechtssystems des unterstützenden DES in das Strafrechtssystem des DES hin. Dies könnte die Effizienz der Europäischen Staatsanwaltschaft beeinträchtigen.

Der DES kann nicht unter allen Umständen eine Ermittlungsmaßnahme verhängen, ohne dass der unterstützende DES seine eigene Lösung durchsetzen kann. Wenn Schwierigkeiten auftreten, informiert der unterstützende DES den Europäischen Staatsanwalt und konsultiert den DES, um diese zu lösen. Die vorgesehenen Schwierigkeiten dürften in den meisten Fällen überwindbar sein. Auch wenn der PEDa der Meinung ist, dass eine weniger eingriffsintensive Maßnahme möglich wäre, steht dieser Vorschlag nicht im Widerspruch zur Wirksamkeit der Ermittlungen. Richtig schwierig wird es aber, wenn es die delegierte Maßnahme nicht gibt oder wenn man nicht auf sie zurückgreifen kann. Ein letzter Notbehelf wäre dann der Rückgriff auf die Rechtsinstrumente der gegenseitigen Anerkennung oder der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit. Damit fällt das System jedoch auf die Integrationsstufe vor der Europäischen Staatsanwaltschaft zurück. Insbesondere könnte die Verwendung der EEA

³¹⁹³ Artikeln 31, 32 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁹⁴ Artikel 41 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

oder des EuHb in Betracht gezogen werden. Es besteht jedoch die Gefahr, dass sich dort zumindest teilweise einige der Beschränkungen wiederfinden, die umgangen werden sollten. Im Fall einer völligen Unmöglichkeit scheint ansonsten keine Lösung vorgesehen zu sein.

Dann kommt der Zeitpunkt, die Ermittlungen abzuschließen und zu entscheiden, wie es weitergehen soll.

2) Die eingeschränkte Einleitung von Strafverfolgungsmaßnahmen durch die Europäische Staatsanwaltschaft: ein abgeschwächtes Legalitätsprinzip

Die Europäische Staatsanwaltschaft ist auch eine Strafverfolgungsbehörde. Sie kann die Strafverfolgung nach einem gelockerten Legalitätsprinzip durchführen, aber ein besserer europäischer Rahmen wäre wünschenswert gewesen **(a)**. Alternativen zur Strafverfolgung ermöglichen es, die Antwort anzupassen, aber der wirkliche Mehrwert hängt vom nationalen Recht der Mitgliedstaaten oder ihren Behörden ab **(b)**.

a) Der Verfolgungsbeschluss: eine europäische Verpflichtung in einem nationalen Rahmen

Um Wirksamkeit, Rechtssicherheit und einen zufriedenstellenden Schutz der Grundrechte zu gewährleisten, sollten die Regeln der EU-Verordnung die Bedingungen für die Strafverfolgung klar darstellen. Während die aufgestellte Verpflichtung zufriedenstellend erscheint, gibt die Definition des weiteren Rahmens dennoch Anlass zur Diskussion³¹⁹⁵.

Die Europäische Staatsanwaltschaft übt die öffentliche Klage aus, die auch die Wahl des Mitgliedstaates umfasst, dessen Gerichte zuständig sein werden. Potenziell sind mehrere Gerichtsstände denkbar. Das individuell zuständige nationale Gericht wird anschliessend auf der Grundlage des nationalen Rechts bestimmt.

Grundsätzlich wird die Strafverfolgung in dem Mitgliedstaat des DES durchgeführt, der für den Fall zuständig ist. Die Ständige Kammer kann ausnahmsweise auch beschließen, die Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedstaat durchzuführen. Dabei berücksichtigt sie die Kriterien, die in Artikel 26(4)(5) oder nach den Kriterien des Artikels 36(4) der Verordnung in einer Rangfolge aufgeführt sind. Der Wahl des nationalen Gerichts

³¹⁹⁵ Artikel 36 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

ist somit grundsätzlich ein Rahmen gesetzt. Das Interesse der Justiz lässt sich jedoch nicht immer mit der Rangfolge dieser Kriterien vereinbaren. Angesichts der vorgegebenen Kriterien bleibt auch die Möglichkeit des Forum Shopping eine Gefahr, obwohl sie verringert wird³¹⁹⁶. Der Flexibilität der Regel könnte daher den Anforderungen an die Garantie des gesetzlichen Richters und die Ausübung der Verteidigungsrechte entgegenstehen. Die Entscheidung des Mitgliedstaates kann auf nationaler Ebene gerichtlich eingeklagt werden. Es gibt unterschiedliche Verfahrensregeln für den Rechtsbehelf, aber diese Möglichkeit sollte bestehen³¹⁹⁷. Ein Grund, der mit der Achtung der Grundrechte und der Rechtsstaatlichkeit zusammenhängt, könnte zu diesem Zeitpunkt ebenfalls vorgebracht werden.

Während des Gerichtsverfahrens haben die DES die Befugnis, Argumente und Beweise vorzubringen³¹⁹⁸. Leider gibt es keine einheitlichen Regeln für die Zulässigkeit von Beweismitteln³¹⁹⁹. In dieser Hinsicht war der Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission überzeugender: Solange ihre Zulassung nicht die Gerechtigkeit des Verfahrens oder die durch die GR-Charta geschützte Verteidigungsrechte beeinträchtigt, sollten die vorgelegten Beweismittel zur Prozess zugelassen werden³²⁰⁰. Die Garantie der Verteidigungsrechte bei der Strafverfolgung ist ebenfalls nationalisiert und kann nicht die Waffengleichheit im gesamten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gewährleisten. Während die Zersplitterung der Texte die größte Schwierigkeit darstellt, verdient auch der Status der Verteidigung einige Kritik.

b) Alternativ zur Strafverfolgung: eine bedingte europäische Anpassung der strafrechtlichen Antwort

Die Europäische Staatsanwaltschaft sollte auch strengen europäischen Regeln für die Einstellung von Verfahren und vereinfachte Verfahren für die Strafverfolgung gehorchen³²⁰¹. Das nationale Recht der Mitgliedstaaten relativiert jedoch die gewünschte

³¹⁹⁶ D. Magnus, „Europäische Staatsanwaltschaft - Vorzüge und Schwächen des aktuellen EU-Verordnungsvorschlags“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 06/2015, S. 181-186.

³¹⁹⁷ Erwägungsgrund (88) der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁹⁸ Artikel 13 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³¹⁹⁹ Artikel 37 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³²⁰⁰ Artikel 30(1) des Verordnungsentwurfs der Europäischen Kommission von 2013.

³²⁰¹ Erwägungsgrund (66) der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

Vereinheitlichung und Europäisierung, was sich auf die Wirksamkeit der Maßnahmen der Staatsanwaltschaft und den konkret angebotenen Schutz auswirkt.

Gemäß dem europäischen und gelockerten Legalitätsprinzip wird die Verordnung die Möglichkeit der Einstellung auf bestimmte Fälle beschränken, um die Strafverfolgung zu fördern³²⁰². Die Schwäche besteht darin, dass für diese Einstellungsgründe auf das nationale Recht verwiesen wird. Letztendlich bestimmt damit das nationale Recht, ob und wann diese Gründe vorliegen. Dies kann dazu führen, dass gemeinsame Gründe unterschiedlich angewendet werden. Das Fehlen relevanter Beweise sollte zur Einstellung des Verfahrens führen, was mit der Pflicht zur Ermittlung auf Be- und Entlastung und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang steht. Dieser Grund führt also einen notwendigen Ermessensspielraum ein. Der Beweisbedarf des nationalen Rechts kann sich jedoch auf seine Anwendung auswirken. Wenn ein Fall eingestellt wird, teilt die Europäische Staatsanwaltschaft dies mit und muss in einigen Fällen den nationalen Behörden vorschlagen, den Fall wieder aufzunehmen. Schließlich kann die Europäische Staatsanwaltschaft eine Entscheidung, das Verfahren einzustellen, im Falle neuer Tatsachen zurücknehmen, was der Effizienz aber nicht der Rechtssicherheit zugute kommt.

Die Europäische Staatsanwaltschaft kann auch ein vereinfachtes Verfahren für die Strafverfolgung in Betracht ziehen³²⁰³. Dabei wird auf den ersten Blick auf leichtere Straftaten abgezielt, um eine verhältnismäßige Bestrafung zu erreichen. Unter ihrer scheinbaren Einheitlichkeit existiert diese Alternative abhängig vom betreffenden Mitgliedstaat. Wenn sie existiert, kann sie immer noch an verschiedene Bedingungen gebunden sein. Die Praxis könnte diese Möglichkeit weiter einschränken, wenn der DES die nationalen Behörden konsultieren muss, bevor er ein vereinfachtes Verfahren vorschlagen kann. Die einzige europäische Bedingung ist die Zustimmung der verdächtigen Person. Eine rudimentäre europäische Regel soll ebenfalls die Wahl dieses Verfahrens rechtfertigen.

Schließlich können die Ermittlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft dazu führen, dass sie den Fall an die zuständigen nationalen Behörden zurückverweist³²⁰⁴. Die verspätete Verweisung an die nationalen Behörden kann ein Mittel sein, um eine Bestrafung zu erreichen. Die Zustimmung der nationalen Behörden ist nicht zwingend

³²⁰² Artikel 39 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³²⁰³ Artikel 40 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³²⁰⁴ Artikel 34 der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

erforderlich und hängt von ihrem nationalen Recht ab. Im Falle einer Ablehnung kommt es zu einem negativen Kompetenzkonflikt. In diesem Fall kann die Europäische Staatsanwaltschaft erneut Anklage erheben oder den Fall einstellen. Die Verordnung hätte sie bereits dazu veranlasst, den Fall zurückzuverweisen, doch die Einstellung des Verfahrens würde Straffreiheit bedeuten.

Entscheidungen über die Einstellung eines Verfahren unterliegen der Rechtmäßigkeitskontrolle des EuGH³²⁰⁵. Entscheidungen über Strafverfolgung und alternative Verfahren werden umgekehrt von den nationalen Gerichten kontrolliert³²⁰⁶. Ob die gerichtliche Kontrolle auf nationaler oder europäischer Ebene erfolgt, hängt seltsamerweise von der Wahl der strafrechtlichen Reaktion ab.

³²⁰⁵ Artikel 42(3) der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

³²⁰⁶ Artikel 42(1) der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft.

Abschluss der Dissertation :

Die strukturierenden Grundsätze der justiziellen Zusammenarbeit – der Grundsatz des Vorrangs des EU-Rechts, der Achtung der Grundrechte und des gegenseitigen Vertrauens – müssen miteinander artikuliert werden und zusammenwirken, wenn die Union ihre Ziele in Bezug auf Effizienz, Autonomie und Gültigkeit der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen im RFSR erreichen will.

Das Verhältnis zwischen dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts mit dem Grundsatz der Achtung der Grundrechte führt zur möglichen Akzeptanz des Unionsrechts und seines vorrangigen Charakters. Im Gegenzug erhält der Schutz der EU-Grundrechte eine besondere und autonome Stellung innerhalb der Union und einen Anwendungsvorrang. Dieser Aspekt muss mit einem ausreichend hohen europäischen Schutzniveau kombiniert werden.

Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens stützt sich auf den Grundsatz der Achtung der Grundrechte der Union, um eine Vermutung der Gleichwertigkeit des Schutzes und des Vertrauens aufzustellen, die der Wirksamkeit der Zusammenarbeit förderlich ist. Das gegenseitige Vertrauen muss im Gegenzug genügend Raum für einen konkreteren Schutz des Grundrechtsschutzes lassen. Es dient somit als adaptives Instrument zwischen Wirksamkeit und Gültigkeit.

Das Verhältnis zwischen dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens mit dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts führt durch einen ausreichend harmonisierten Rahmen dazu, dass die Wirkungen der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens verstärkt, sekundiert werden. Im Gegenzug stützt sich das gegenseitige Vertrauen auf die Grundrechte der Union, um die Autonomie und den Vorrang des Unionsrechts nicht in Frage zu stellen, sondern vielmehr zu fördern. Das gegenseitige Vertrauen sollte als ein Mittel betrachtet werden, um die Mitwirkung der Akteure der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen hinsichtlich des Vorrangs des Unionsrechts zu gewährleisten, anstatt zu versuchen, diesem Vorrang zu widersprechen.

Das Verhältnis zwischen den strukturierenden Grundsätzen und die Verfolgung der Ziele der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen sind natürlich nicht frei von Spannungen und Anpassungen. Das Verhältnis zwischen den Grundsätzen ist nicht festgeschrieben, und ein Phänomen der Anpassung und Vertiefung hat bereits begonnen und ist immer noch im Prozess. Der EuGH hat ein großes Interesse daran, sich an einem konstruktiven Dialog mit den anderen Akteuren der justiziellen Zusammenarbeit in

Strafsachen, insbesondere den nationalen obersten Gerichten und Verfassungsgerichten, zu beteiligen und und zu diesem Dialog anzuregen.

Die anhaltenden Schwierigkeiten scheinen auf einen Mangel an umfassenden Überlegungen zur Politik der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zurückzuführen zu sein. Jede neue Lösung ist von einem Fall zu Fall unterschiedlichen Bedarf geprägt, sei es im Hinblick auf den Schutz der Grundrechte oder in Bezug auf den Vorschlag einer neuen Verwirklichung der Integration.

OUVRAGES

Ouvrages généraux :

A. BAILLEUX, H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen - Tome 1. Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Idées d'Europe, 2015, 568 pages.

C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. Droit fondamental, 1995, 661 pages.

C. GREWE, *L'état des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. Droits Étrangers Volume n°15, 2018, 504 pages.

A. JAKAB, A. DYÈVRE, G. ITZCOVICH, *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 854 pages.

H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Trad. Charles Eisemann, Paris, Dalloz, 1ère édition, 1962, 496 pages.

F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Hypercours, 3e édition, 2021, 1020 pages.

F. OST et M. de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, 596 pages.

Monographies, thèses, mémoires, mélanges :

M. BADEL et S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ(dir.), *Mélanges en l'Honneur de Jean-Pierre LABORDE ; des liens et des droits*, Paris, Dalloz, 2015, 951 pages.

A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and imprint of Bloomsbury Publishing, 2017, 200 pages.

C. BILLARD, *Les assurances de l'Etat étranger dans le contentieux français de l'extradition*, mémoire sous la direction de C. SANTULLI, Paris, soutenu au titre de l'année 2018-2019, 100 pages.

I. BOSSE-PLATIÈRE « Chronique Action extérieure de l'Union européenne - La Cour confirme le rattachement de la lutte contre le terrorisme international et son financement à la PESC », *RTD Eur.*, 2013, page 118.

A. BOUVERESSE et D. RITLENG(dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Sous-coll. Colloques, 2018, 254 pages.

C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, 377 pages.

H. CHRISTODOULOU, *Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses volume n°201, 2021, 518 pages.

R. COLSON and S. FIELD, *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity : Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1ère édition, 2016, 275 pages.

S. DEPAUW, *Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU : a study of forensic evidence*, Antwerpen, Apeldoorn et Portland, Maklu Uitgevers, Coll. IRCP, 2019, 448 pages.

C. FIJNAUT, *A peaceful revolution : the development of police and judicial cooperation in the European Union*, Cambridge, Antwerp et Chicago, Intersentia, 2019, 821 pages.

C. FLAESCH-MOUGIN, L. S. ROSSI (dir.), *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Rencontres européennes, 1ère édition, 2013, 670 pages.

V. HAGENBACH, *La recherche de l'équilibre entre les éléments structurants de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice - L'exemple du mandat d'arrêt européen*, mémoire sous la direction de C. HAGUENAU-MOIZARD, Strasbourg, soutenu au titre de l'année 2016-2017, 115 pages.

E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing et Bloomsbury Publishing, Coll. Modern Studies in European Criminal Law Volume n°30, 2012, 284 pages.

G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Area*, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, Coll. I.E.E., 2005, 337 pages.

N. KIRSCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, Coll. Oxford Constitutional Theory, 2010, 383 pages.

D. KNYTEL, *Die Europäische Ermittlungsanordnung Und Ihre Umsetzung in Die Deutsche Und Französische Rechtsordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, Coll. International and European Criminal Law et Procedure Volume n°43, 2020, 352 pages.

K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, 219 pages.

K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, Paris, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque de droit privé Tome n°597, 2020, 594 pages.

F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, Coll. Thèses / Bibliothèque constitutionnelle et de science politique Tome 142, 2013, 386 pages.

V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, 296 pages.

M. OONA MIKKELA, « Le problème du non-respect du principe de proportionnalité dans le cadre du fonctionnement du mandat d'arrêt européen : Faut-il modifier la Décision-cadre 2002/584/JAI ? », mémoire sous la direction de C. HAGUENAU-MOIZARD, Strasbourg, soutenu au titre de l'année 2015/2016, 97 pages.

T. RAFARACI et R. BELFIORE, *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, 227 pages.

C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, Bruxelles, Bruylant, Coll. droit de l'Union européenne, 2020, 666 pages.

J. RUNG, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Strafkooperation*, Tübingen, Mohr Siebeck, Coll. Jus Internationale et Europaeum 147, 2019, 514 pages

G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'union européenne ; contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation aux décisions de justice*, Paris, Institut Universitaire Varenne, Coll. Thèses n°50, 2011, 578 pages.

S. WEATHERILL, *Law and Values in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2016, 432 pages.

A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Oxford, Bloomsbury Publishing and Hart Publishing, Coll. Hart Studies in European Criminal Law, 2020, 352 pages

I. WIECZOREK, *The Legitimacy of EU Criminal Law*, Oxford, Bloomsbury Publishing and Hart publishing, Coll Hart Studies in European Criminal Law, Volume 10, 2020, 272 pages.

E. XANTHOPOULOU, *Fundamental Rights and Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice : a Role for Proportionality ?*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, 2020, 248 pages.

Articles :

M. ABENHAÏM, « Coopération judiciaire en matière pénale - Droit d'accès à un avocat », *Europe* n° 5, Mai 2020, commentaire n°146.

Actualités Lexis 360, « Exécution d'un MAE : la CEDH précise les conditions d'application de la présomption de protection équivalente », *Dalloz Actualité*, le 28 mars 2021.

H. AHLBRECHT, « Europäische Ermittlungsanordnung – Durchsuchung à la Europäischer Haftbefehl », *Strafverteidiger* n° 601, Heft 9, 2018, pages 593 à 615.

J-L. ALBERT, « Le recours au droit pénal pour lutter contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne », *Revue Française de Comptabilité*, Ed. comptables-Malesherbes, 2020, n°538, pages 44 à 46.

L. D'AMBROSIO, « *Lieto fine* pour l'affaire *Taricco* ou le résultat du dialogue constructif entre la Cour constitutionnelle italienne et la Cour de justice de l'Union européenne (*Corte Costituzionale* [Cour constitutionnelle italienne], ord. n° 24 du 16 janv. 2017 ; CJUE, gr. ch., 5 déc. 2017, aff. C-42/17, *M.A.S., M.B.*) », *RTD Eur.*, 2018, pages 173 à 178.

L. D'AMBROSIO, « Affaire *Taricco* : point final [*Corte Costituzionale* (Cour constitutionnelle italienne), arrêt n° 115 du 31 mai 2018] », *RTD Eur.*, 2019, pages 211 à 218.

F. AMTENBRINK, « The European Court of Justice's Approach to Primacy and European Constitutionalism - Preserving the European Constitutional Order ? », in H.-W. Micklitz, B. de Witte (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2012, pages 35 à 64.

G. ANAGNOSTARAS, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru », *Common Market Law Review* n°53, 2016, pages 1675 à 1704.

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les droits fondamentaux, frein ou moteur de l'intégration européenne? », *Revue de l'Union européenne* n°627, 2019, pages 220 à 224.

B. AUBERT, « De quelques évolutions en matière de mandat d'arrêt européen », *AJ Pénal*, 2017, pages 111 à 114.

L. AZOULAI, « Structural Principles in EU Law : Internal and External », in M. Cremona (dir.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2018, p. 31 à 46.

L. AZOULAI, « L'effectivité du Droit de l'Union européenne et les Droits fondamentaux », in A. BOUVERESSE et D. RITLENG(dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Sous-coll. Colloques, 2018, pages 221 à 240.

D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, L. CLÉMENT-WILZ, J. HEYMANN, A. JEANNE, L. LEBLOND, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er mai 2018 – 30 novembre 2018) », *Europe* n° 2, Février 2019, chronique n°1.

D. BAZIN-BEUST, S. CHARDENOUX, A. JEANNE, L. LEBLOND, C. MONGOUACHON, N. REICHLING, V. ROULET, M. SWEENEY, J. TRICOT, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (1er juin 2019 – 30 novembre 2019) », *Europe* n° 2, Février 2020, Chronique n°1.

P. BEAUVAIS, « Droit pénal de l'Union européenne - 1er septembre 2009 - 31 juillet 2010 », *RTD Eur.*, 2010, pages 721 à 744.

P. BEAUVAIS, « De l'entraide judiciaire à l'enquête pénale européenne - À propos de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne (Directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale) », *RTD Eur.*, 2015, pages 777 à 785.

P. BEAUVAIS, « Le renforcement de la protection pénale des intérêts financiers de l'Union européenne (Dir. (UE)2017/1371 du 5 juill. 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal)»; *RTD Eur.*, n°4, 2017, pages 875 à 894.

P. BEAUVAIS, M. BENLOLO-CARABOT, « Une avancée historique dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : la naissance du Parquet européen. À propos de l'adoption du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017 relatif à la création du Parquet européen », *RTD Eur.*, 2019, pages 225 à 239.

F. BENOÎT-ROHMER, « Les cours européennes face au défi de la confiance mutuelle », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, n°110, 1er avril 2017, pages 391 à 407.

F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique UE et droits fondamentaux - État de droit », *RTD Eur.*, 2018, page 453.

F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique UE et droits fondamentaux - Champ d'application de la Charte (art. 51) », *RTD Eur.*, 2018, pages 454 à 457.

F. BENOÎT-ROHMER, « Les droits relatifs à la dignité humaine. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (art. 4 de la Charte) (CJUE 16 févr. 2017, aff. C-578/16 PPU, C. K., EU:C:2017:127) », *RTD Eur.*, 2018, page 458.

F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique Union européenne et droits fondamentaux - L'État de droit », *RTD Eur.*, 2019, pages 379 à 383.

F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique Union européenne et droits fondamentaux - Mandat européen, confiance mutuelle et présomption d'équivalence », *RTD Eur.*, 2019, pages 384 à 385.

F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique UE et droits fondamentaux - Interdiction des traitements inhumains et dégradants et conditions de détention (art. 4 de la Charte) », *RTD Eur.*, 2020, pages 312 à 313.

M. BENLOLO-CARABOT, « Chronique Droit pénal de l'Union européenne - Consécration d'une exception à l'automatisme du mandat d'arrêt européen relative aux droits fondamentaux », *RTD Eur.* 2016, pages 793 à 798.

P. BERTHELET, « De la "Rechtsgemeinschaft" européenne à la "Wertgemeinschaft" cosmopolitique, la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne », *Revue de droit de l'Union européenne*, 2/2016, pages 315 à 355.

A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI and M. SCHMIDT, « A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 983 à 996.

E. BONIS-GARÇON, « L'indépendance des magistrats du parquet ou le difficile exercice d'équilibriste du Conseil constitutionnel », *Revue de Droit pénal*, 2018, n° 2, étude n°3.

M. BÖSE, « The investigation and Prosecution of Economic and Financial Crimes - Role and Function of Administrative Authorities in Germany », in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 85 à 102.

M. BÖSE, « Mutual recognition, extradition to third countries and Union citizenship: Petruhhin », *Common Market Law Review* 54, 2017, pages 1781 à 1798.

M. BÖSE, « The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: OG & PI, PF, JR & YC », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1259 à 1282.

D. BRACH-THIEL, « Remise d'un mineur dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen, Décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne le 23-01-2018 n° C-367/16 », *AJ Pénal*, 2018, pages 260 à 261.

D. BRODOWSKI, « Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand: Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH : Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 – (» Identitätskontrolle«) und von EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016 – verbundene Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) », *Juristische Rundschau*; 2016(8): pages 415 à 432.

B. BRUNESSEN, « Le tropisme juridique du droit de l'Union », *Revue de l'Union européenne*, 2018, pages 103 à 112.

P. CAEIRO et J. AMARAL RODRIGUES, « A European Contraption : the Relationship between the Compétence of the EPPO and the Scope of the MS's Jurisdiction over Criminal Matters », Chapitre 4, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA(dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 57 à 83.

O. CAHN, « Criminal investigations in Financial-Economic Matters in France », in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 57 à 82.

O. CAHN, « « A Christmas Carol » luxembourgeois : la CJUE consacre l'indépendance du parquet français. CJUE, 12 décembre 2019, C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *Revue du droit de l'Union européenne* n°1, 2020, pages 203 à 209.

O. CAHN, « Droit pénal de l'Union européenne (Février 2021 – Février 2022) », *Droit Pénal* n°4, avril 2022, pages 25 à 31.

A. CALLIESS, « Constitutional Identity in Germany : One for Three or Three for One ? », Chapitre 8, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 153 à 181.

A. CALLIESS et A. SCHNETTGER, « The Protection of Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism », Chapitre 16, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 348 à 371.

E. CARPANO, « La définition du standard européen de l'État de droit », *RTD Eur.*, 2019, pages 255 à 272.

P. CASSIA, « L'article 20 de la Consitution, Marqueur de la dépendance des magistrats du parquet ? », *Recueil Dalloz* n° 1, 2018, page 1.

A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Refus de remise et protection des droits fondamentaux », *Procédures* n° 10, Octobre 2019, commentaire n°267, pages 38 à 39.

H. CHRISTODOULOU, « Le parquet européen à l'origine de la mutation de la procédure pénale nationale », *Dalloz Actualité*, 27 Février 2020.

R. COLSON and S. FIELD, « Chapitre 7 : Managing Legal Diversity in Europe's Area of Criminal Justice : The Role of Autonomous Concepts », in R. COLSON and S. FIELD, *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity : Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1ère édition, 2016, pages 125 à 159.

R. COLSON and S. FIELD, « Chapitre 10 : Domesticating the EAW : European Criminal Law between Fragmentation and Acculturation », in R. COLSON and S. FIELD, *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity : Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1ère édition, 2016, pages 199 à 220.

P. CORRE, « La confiance mutuelle, fondement du mandat d'arrêt européen et outil modulateur d'intégration de l'État membre », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 74 à 80.

G. CORSTENS, « Le réseau des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne et autres "instruments" de coopérations comme les magistrats de liaison », in G. ROUSSEL (dir.), *L'eupéanisation de la justice pénale : actes du colloque organisé le 16 octobre 2015*, France, CUJAS, Collection ACTES & ETUDES, 2016, pages 97 à 105.

L. COUTRON, « Nouvelle confirmation de la jurisprudence *Melki et Abdeli* : la persistance de l'obligation de renvoi préjudiciel en dépit du rejet de l'exception d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-322/16, *Global Starnet*) », *RTD Eur.*, 2018 pages 367 à 368.

L. COUTRON, « L'intrusion de la Cour de justice dans l'architecture juridictionnelle irlandaise au nom d'une (re)lecture étonnante de la jurisprudence *Simmenthal*, (CJUE, gr.

ch., 4 déc. 2018, aff. C-378/17, *Minister for Justice and Equality, Commissioner of An Garda Síochána*) », *RTD Eur.*, 2019, pages 483 à 486.

N. DAMINOVA, « The ECHR Preamble vs. the European Arrest Warrant: balancing Human Rights protection and the principle of mutual trust in EU Criminal Law? », *Review of European and Comparative Law*, Volume 49, n°2, 2022, pages 97 à 131.

E. DAOUD, « Circulaire du 4 octobre 2021 : Episode 3 - La saisine des juridictions spécialisées », *Dalloz Actualité*, 10 novembre 2021.

N. DESCOT, E. RUBI-CAVAGNA, « Le juge judiciaire en matière pénale et l'espace européen des libertés », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 184 à 187.

S. DETTERBECK, « Das Bundesverfassungsgericht - ein selbst ernannter Hüter des Unionsgrundrechte », *Juristen Zeitung*, n°12-76 Jahrgang, 18 juin 2021, pages 593 à 601.

L. DIMITRIOS SPIEKER, « Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts : How to Stabilize the Modus Vivendi between The Court of Justice and National Constitutional Courts », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 361 à 398.

G. DRAGO, « La « guerre des juges » n'aura pas lieu », *La Semaine Juridique, Administrations et Collectivités territoriales* n° 14, note n°2081, 2 Avril 2007, pages 29 à 35.

E. DREYER, « L'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne doit pas porter d'atteinte excessive à la vie privée », *La Semaine Juridique, Edition Générale* n° 49, note n°1298, 6 Décembre 2021, pages 2250 à 2253.

E. DREYER, « Un an de droit de la Convention européenne des droits de l'homme en matière pénale », *Droit pénal* n°4, Avril 2022, pages 20 à 24.

E. DUBOUT, « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt M.A.S. et M.B. », *RTD Eur.*, 2018, pages 563 à 586.

E. DUBOUT, « La manière française de (ne pas) faire du droit européen », *La Semaine Juridique, Edition Générale* n° 6, note n° 221, 14 Février 2022, pages 340 à 345.

P. DUFOURQ, « Parquet européen : les contours des signalements au parquet européen délégué », *Dalloz Actualité*, 9 juin 2021.

Editorial Comments, « The Rule of Law in the Union, the Rule of Union Law and the Rule of Law by the Union: Three interrelated problems », *Common Market Law Review* 53, 2016, 597 à 606.

M. FARTUNOVA, « La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle : quelques réflexions sur les fondements de la construction européenne », *CDE*, 2016/1, pages 193 à 219.

M. FARTUNOVA-MICHEL, « La fonction juridictionnelle et le mandat d'arrêt européen : la contribution des juges à la construction d'une Union de droit ? », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 95 à 101.

D. FLORE, « La notion de confiance mutuelle: l'« alpha » et l'« omega » d'une justice pénale européenne ? », G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle*

dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Area, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, Coll. I.E.E., 2005, pages 17 à 28.

R. FOUCART « Nouveaux enseignements jurisprudentiels sur la notion de juridiction en droit de l'Union européenne », *European Papers, European Forum*, Vol. 1 N°1, 2016, 16 avril 2016, pages 213 à 218.

A. GAILLET, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 15 décembre 2015, *AJDA*, 2016, pages 1112 à 1119.

F. GAZIN, « La Cour circonscrit la portée du droit d'être entendu dans le cadre de l'émission d'un mandat d'arrêt européen afin d'éviter d'annihiler l'efficacité de cet instrument », *Europe* n° 3, Mars 2013, commentaire n°126.

F. GAZIN, « Droits fondamentaux et privation de liberté », *Europe* n° 10, Octobre 2015, commentaire n°366.

F. GAZIN, « Entre la jurisprudence *Melloni* et la jurisprudence *NS* : proposition d'une troisième voie en matière d'application d'un mandat d'arrêt européen présentant un risque de violation des droits fondamentaux », *Europe* n° 6, Juin 2016, commentaire n°192.

F. GAZIN, « Motif facultatif de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen », *Europe* n° 7, Juillet 2016, commentaire n°235.

F. GAZIN, « Notion de détention », *Europe* n° 10, Octobre 2016, commentaire n°341.

F. GAZIN, « Reconnaissance mutuelle des jugements en matière pénale », *Europe* n° 1, Janvier 2017, commentaire n°9.

F. GAZIN, « Motif facultatif de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen », *Europe* n°10, Octobre 2017, commentaire n°356.

F. GAZIN, « Motif obligatoire de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen : Droits des enfants dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen : retour de la jurisprudence *Melloni* », *Europe* n° 3, Mars 2018, commentaire n°109.

F. GAZIN et C. HAGUENAU-MOIZARD, « La Cour de justice de l'Union et le voleur de bicyclette : une occasion manquée d'étendre la jurisprudence *Aranyosi* », *RTD Eur.*, 2019, pages 351 à 355.

F. GAZIN, « Motif de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen », *Europe* n° 2, Février 2019, commentaire n°74.

F. GAZIN, « Mandat d'arrêt européen - Droit à ne pas être privé de liberté », *Europe* n° 4, Avril 2019, commentaire n°149.

F. GAZIN, « Autorité judiciaire d'émission », *Europe* n° 12, Décembre 2019, commentaire n°485.

F. GAZIN, « Première interprétation de la directive 2014/41/UE concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale », *Europe* n° 12, Décembre 2019, commentaire n°486.

F. GAZIN, « Mandat d'arrêt européen - Réinsertion sociale d'un prévenu », *Europe* n°5, Mai 2020, commentaire n°147.

F. GAZIN, « Mandat d'arrêt européen - Exigence d'une double incrimination », *Europe* n°5, Mai 2020, commentaire n°148.

J. GENEUSS, A. WERKMEISTER, « Faire Strafverfahren vor systemisch abhängigen Gerichten?: Europäischer Haftbefehl und Recht auf ein unabhängiges Gericht: Überlegungen anhand des Celmer-Urteils des EuGH », *ZStW* 132(1), 2020, pages 102 à 132.

V. GIANNOULIS, « La CJUE et les délais d'exécution du mandat d'arrêt européen », *RSC*, 2016, pages 237 à 254.

A. GOGORZA « L'autorité judiciaire à l'épreuve de la coopération pénale au sein de l'Union européenne. Variations sur une notion fondamentale », *Droit pénal* n°4, Avril 2021, dossier n°3, pages 12 à 16.

G. GRASSO, R. SICURELLA et F. GIUFFRIDA, « European Public Prosecutor's Office Material Competence : Analysis of the « PIF » Directive and Regulation », Chapitre 3, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 23 à 56.

C. GUILLARD, « Le mandat d'arrêt européen dans la jurisprudence de la Cour de justice. Introduction », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 68 à 73.

C. GUILLARD, « Mandat d'arrêt européen et retrait d'un État membre de l'Union européenne », *Revue de l'Union européenne*, 2020, pages 81 à 86.

C. HAGUENAU-MOIZARD, « Les Bienfaits de la Défiance Mutuelle dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », in R. KOVAR (dir.), *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire : Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pages 223 à 240.

C. HAGUENAU-MOIZARD, « Identité constitutionnelle et mandat d'arrêt européen : l'exploitation de la jurisprudence *Melloni* par la Cour constitutionnelle allemande », *Europe* n°3, Mars 2016, étude n°2.

C. HAGUENAU-MOIZARD, « Les relations inégalitaires entre la Cour de justice et les juridictions nationales supérieures », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2018, pages 3 à 21.

H.-H. HERNFELD, « Implementation of the EPPO Regulation: A Perspective from Germany », Chapitre 8, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 149 à 161.

T. HERRAN, « La notion d'autorité judiciaire dans le mandat d'arrêt européen, Décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne gr. ch. 27-05-2019 n° C-82/19 (PPU) », *AJ Pénal*, 2019, page 453.

R. HOFMANN et A. HEGER, « Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 48 Jahrgang. Heft 1-6, 31 mars 2021, pages 1 à 11.

R. HOLDGAARD, D. ELKAN and G. KROHN SCHALDEMOSE, « from Cooperation to Collision: The ECJ's *Ajos* Ruling and the Danish Supreme Court's Refusal to comply », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 17 à 54.

C. HUET, « Lectures appliquées comparées. Les autorités françaises et le parquet européen », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 8/3 n°3, 2018, pages 653 à 658.

L. IDOT, « Décision d'enquête européenne », *Europe* n°4, février 2022, commentaire n°45.

A. ILIOPOULOU-PENOT, « La sanction des juges suprêmes nationaux pour défaut de renvoi préjudiciel. Réflexions autour de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 4 octobre 2018, Commission c/ France, aff. C-416/17 », *RFDA*, 2019, pages 139 à 148.

J.-P. JACQUÉ, « État de droit et confiance mutuelle », *RTD Eur.*, 2018, pages 239 à 244.

A. JEAUNEAU, « Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union - Office du juge », *RTD Eur.*, 2018, pages 341 à 344.

A. JEAUNEAU, « Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'UE - Office du juge de cassation », *RTD Eur.*, 2019, pages 416 à 418.

O. JOOP « Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne - La Cour constitutionnelle fédérale allemande confirme et précise sa jurisprudence sur l'obligation des juridictions nationales de saisir le juge de l'Union en cas de doute portant sur le droit européen », *RTD Eur.*, 2019, pages 199 à 202.

O. JOOP, « Contester par un recours constitutionnel la violation de normes du droit de l'Union ? Cela dépend, répond la Cour constitutionnelle fédérale allemande [*Bundesverfassungsgericht*, 1^{re} ch., décis. du 6 nov. 2019, aff. 1 BvR 16/13 et 1 BvR 276/17] », *RTD Eur.*, 2020, pages 164 à 169.

S. KAUFMANN, « Le Bundesverfassungsgericht et les limites à la primauté du droit de l'Union. Confrontation ou complémentarité dans l'intégration européenne ? », *RTD Eur.* n°1/2017, Janvier-mars 2017, pages 59 à 74.

A. KLIPP, « Fair Trial Rights in the European Union : Reconciling Accused and Victims' Rights », in T. RAFARACI et R. BELFIORE(dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 3 à 25.

T. KONSTADINIDES, « Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM », *Common Market Law Review* 56, 2019, pages 743 à 770.

A. E. KOUROUTAKIS, « The Italian European Arrest Warrants for five Greeks taking part in Riots and their Rejection by the Greek Authorities », *New Journal of European Criminal Law*, volume 7/2016/03, janvier 2016, pages 295 à 301.

M. KRAJEWSKI and M. ZIOLKOWSKI, « EU judicial independence decentralized: A.K. », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1107 à 1138.

H. LABAYLE, « L'ELSJ dans la constitution pour l'Europe » , *RTD Eur.*, 2005, pages 437 à 472.

H. LABAYLE, « Espace de liberté, de sécurité et de justice - Schengen : un espace dans l'impasse », *Europe* n°3, Mars 2016, dossier n°2.

H. LABAYLE et J-S. BERGÉ, « Les principes de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RDT Eur.* n°3, 2016, pages 589 à 610.

C. LACCHI, « Multilevel Judicial Protection in the EU and Preliminary References », *Common Market Law Review* 53, 2016, pages 679 à 708.

M. LASSALLE, « L'ouverture d'une voie de recours, condition de l'émission d'une décision d'enquête européenne », *AJ Pénal*, 2022, pages 39 à 40.

J. LEBLOIS-HAPPE, « La Cour de justice de l'Union européenne et la protection des droits fondamentaux dans la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle en matière pénale », *AJ pénal*, 2019, pages 302 à 307.

M. LELOUP, « The appointment of judges and the right to a tribunal established by law: The ECJ tightens its grip on issues of domestic judicial organization: Review Simpson », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1139 à 1162.

K. LENAERTS, « The European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union: Creating Synergies in the Field of Fundamental Rights Protection », *Il Diritto dell'Unione Europea* issue n°1, 2018, pages 9 à 22.

N. LERON, « La gouvernance constitutionnelle des juges de l'Union européenne, L'invention d'un mode communicationnel de régulation du risque de conflit constitutionnel », *Revue de droit de l'Union européenne*, n°1/2017, 2017, pages 61 à 98.

A. LEVADE, « L'identité constitutionnelle tchèque méconnue : quand la Cour constitutionnelle conteste une décision de la Cour de justice », *Constitutions*, 2012, pages 292 à 293.

D. MAGNUS, « Europäische Staatsanwaltschaft - Vorzüge und Schwächen des aktuellen EU-Verordnungsvorschlags », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 06/2015, 2015, pages 181 à 186.

F. MAIANI and S. MIGLIORINI, « One Principle to rule them all? Anatomy of Mutual Trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 7 à 44.

V. MALABAT, « L'exigence de légalité en droit pénal international : l'exemple comparé de l'extradition et du mandat d'arrêt européen », in M. BADEL et S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *Mélanges en l'Honneur de Jean-Pierre LABORDE ; des liens et des droits*, Paris, Dalloz, 2015, pages 771 à 781.

S. MANACORDA, « La consolidation de l'ELSJ, vers une "mise à l'écart" du rapprochement pénal ? », *RSC*, 2007, pages 899 à 909.

P. MARTENS, « le pouvoir judiciaire en Belgique. Institutions et mutations », in Ph. ROBERT et A. COTTINO(dir.), *Les mutations de la justice. Comparaison européenne*, Paris, L'Harmattan, 2001, pages 83 à 120.

G. MARTI, « L'avenir de la primauté / le dialogue des juges ? », *Revue de l'Union européenne* n°593, 2015, pages 638 à 648.

T. MARZAL, « Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne - Le droit constitutionnel à la protection juridictionnelle effective comme garantie de l'application du droit de l'Union [Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle espagnole), 1^{re} ch., 5 mars 2018, arrêt STC 22/2018, rec. n°. 5194-2016] », *RTD Eur.*, 2019, pages 205 à 210.

C. MAYEUR-CARPENTIER, « Le mandat d'arrêt européen et l'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission », *Revue de l'Union européenne* n°635, 2020, pages 87 à 94.

K. MEHTIYEVA, « Coopération judiciaire internationale », *Journal du droit international* n°2, Avril 2021, chronique n°5, pages 733-734.

S. MESSINI, « La reconnaissance mutuelle en matière pénale entre « efficacité » et « responsabilité », *Archives de politique criminelle*, 2016/1 (n° 38), 2016, pages 227 à 248.

F. MEYER, « From Solange II to Forever I : The German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (and how the CJEU responded) », *New Journal of European Criminal Law*, volume 7/2016/03, 2017, pages 277 à 294.

D. MIASIK and M. SZWARC, « Primacy and direct effect – still together: Popławski II », *Common Market Law Review* 58, 2021, pages 571 à 590.

V. MICHEL, « Autorité judiciaire d'émission », *Europe* n° 7, Juillet 2019, commentaire n°267.

V. MICHEL, « Indépendance et contrôle juridictionnel du parquet », *Europe* n° 2, Février 2020, commentaire n°51.

V. MICHEL, « Indépendance et contrôle juridictionnel du parquet français », *Europe* n° 3, Mars 2020, commentaire n°94.

V. MICHEL, « Mandats d'arrêt européens successifs », *Europe* n° 11, Novembre 2020, commentaire n°335.

V. MICHEL, « Qualification du procureur et autorité judiciaire d'exécution », *Europe* n° 1, Janvier 2021, commentaire n°16.

L. MILANO, « Protection des droits fondamentaux et mécanisme de reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne », *La Semaine juridique, Edition générale*, 25 juillet 2016, pages 1522 à 1527.

F.-X. MILLET, « Constitutional Identity in France : Vice and - Above all - Virtues », Chapitre 7, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 134 à 152.

V. MITSILEGAS, « Chapter 4 : The Rocky road to the European Prosecution : Caught between Co-ordination and Centralisation », in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, pages 83 à 123.

V. MITSILEGAS, « Chapter 5 : Mutual Recognition and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice: the centrality of Fundamental Rights », in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Bloomsbury, Hart Publishing, Coll. in European Criminal Law, 2016, pages 124 à 152.

V. MITSILEGAS, « Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe's area of criminal justice », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 45 à 78.

C. MOREAU, « La phase préparatoire à l'audience pénale : état des lieux en Allemagne », *Les Cahiers de la Justice* 2012/4 (N° 4), 2012, pages 83 à 96.

A. MOSNA, « Europäische Ermittlungsanordnung und Europäische Staatsanwaltschaft : Die Regelung grenzüberschreitender Ermittlungen in der EU », *ZStW* 131(3), 2019, pages 808 à 847.

J.- D. MOUTON, « Identité constitutionnelle et Constitution européenne », in R. KOVAR (dir.), *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire : Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pages 413 à 423.

E. NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *Revue de l'Union européenne* n° 556, mars 2012, pages 197 à 203.

D. NEGRI, « Best Practices and Optional Models in Financial-Economic Investigations in Europe in View of European Public Prosecutor's Office », in A. BERNARDI et D. NEGRI(dir.), *Investigating European Fraud in the EU Member States*, Oxford, Portland et Oregon, Hart Publishing and Bloomsbury Publishing, 2017, pages 149 à 167.

R. NIBLOCK, « Mutual Recognition, Mutual Trust ? Detention Condition and Deferring an European Arrest Warrant », *New Journal of European Criminal Law*, Volume 7/2016/02, pages 250 à 251.

B. NICAUD, « L'inconséquence (provisoire) du *Brexit* sur l'exécution du mandat d'arrêt européen, Arrêt rendu par Cour de cassation, crim. 02-05-2018 n° 18-82.167 », *AJ Pénal*, 2018, page 374.

B. NICAUD, « Exécution du mandat d'arrêt européen contre risque de violation du procès équitable, Décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne 25-07-2018 n° C-216/18 », *AJ Pénal*, 2018, pages 475 à 476.

B. NICAUD, « La reconnaissance mutuelle...jusqu'où ? » , *AJ Pénal*, 2019, pages 299 à 301.

B. NICAUD, « Conformité au droit de l'Union de l'émission des mandats d'arrêt européens émis par le parquet français, CJUE 12 mars 2019, nos C-566/19 PPU et C-626/19 PPU », *AJ Pénal*, 2020, pages 125 à 128.

- B. NICAUD, « Décisions visant à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision d'enquête européenne : absence de caractère juridictionnel », *Dalloz actualité*, 17 septembre 2021.
- B. NICAUD, « CJUE : émission d'une décision d'enquête européenne et voies de recours », *Dalloz actualité*, 6 Décembre 2021.
- B. NICAUD, « CJUE : notion d'autorité d'émission d'une décision d'enquête européenne », *Dalloz actualité*, 20 janvier 2022.
- J. NOWAG, « EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R », *Common Market Law Review* 53, 2016, pages 1441 à 1454.
- A. PALANCO, « Les Fonctions de l'intersexualité dans la Construction des récits judiciaires (Analyse comparée de la pratique de la CJUE et de la Cour EDH) », in A. BAILLEUX, E. BERNARD, S. JACQUOT (dir.), *Les récits judiciaires de l'Europe. Concept et Typologies*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Idées d'Europe, 2020, pages 71 à 87.
- M. PARDEL, « Extradition. - Le mandat d'arrêt européen après le Brexit », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 15, 15 Avril 2019, n° 408, page 739.
- L. PECH, « Protecting Polish judges from Poland's Disciplinary "Star Chamber": Commission v. Poland (Interim proceedings) », *Common Market Law Review* 58, 2021, pages 137 à 162.
- L. PECH and S. PLATON, « Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 1827 à 1854.
- J.B. PERRIER, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : de la réticence à la diligence », *RFDC*, 2010/4, n°84, 2010, pages 793 à 809.
- A. PEYRO LLOPIS, « La résistance du Tribunal constitutionnel espagnole face à l'arrêt Melloni de la Cour de justice de l'Union européenne », *Chroniques jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne*, *RTD Eur.*, 2015, pages 230 à 231.
- W. PHELAN, « The Role of the German and Italian Constitutional Courts in the rise of EU Human Rights Jurisprudence : A Response to Delledonne and Fabrini », *European Law Review*, Vol. 46 n°2, April 2021, pages 175 à 193.
- S. PLATON, « Confiance mutuelle et crise de l'Etat de droit dans l'Union européenne », *L'Observateur de Bruxelles*, 2019/1 n°115, 2019, pages 16 à 22.
- S. PLATON, « Les fonctions du standard de l'État de droit en droit de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 305 à 320.
- S. PLATON, « Preliminary references and rule of law: Another case of mixed signals from the Court of Justice regarding the independence of national courts: Miasto Łowicz », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1843 à 1866.
- T. RAFARACI, « Brief Notes on the European Public Prosecutor's Office : Ideas, Project and Fulfilment », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental*

Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office, Switzerland, Springer, 2019, pages 157 à 163.

C. RAUCHEGGER, « National constitutional rights and the primacy of EU law: M.A.S. », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 1521 à 1548.

J. RAVANAS, « Le contrôle de conventionnalité, exercé par la Cour de cassation, d'une mesure judiciaire ordonnée au titre de l'article 9 alinéa 2 du Code civil », *Recueil Dalloz*, 2001, pages 1571 à 1574.

E.P. REALE « Defense Areas and Limits in the Investigations of the European Public Prosecutor », in T. RAFARACI et R. BELFIORE(dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 205 à 214.

D. REBUT, « Mandat d'arrêt européen - Le ministère public français et la notion d'autorité judiciaire d'émission du mandat d'arrêt européen. Beaucoup de bruit pour rien ? », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 1-2, note n°37, 13 Janvier 2020, pages 49 à 57.

A. RIGAUX et D. SIMON, « L'arrêt Poplawski 2 : accroc limité ou ébranlement général dans la mise en œuvre de la primauté par le juge national ? », *Europe* n° 10, Octobre 2019, étude n°7.

D. RITLENG, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTD Eur.*, 2009, pages 677 à 696.

D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », *RTD Eur.*, 2013, pages 267 à 292.

D. RITLENG, « Les constitutions nationales et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in R. KOVAR (dir.), *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire : Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pages 491 à 510.

D. RITLENG, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'UE - Le Conseil constitutionnel est juge de la conventionnalité des lois d'application des règlements de l'Union européenne (Cons. const. 12 juin 2018, n° 2018-765 DC), *RTD Eur.*, 2018, page 830.

D. RITLENG, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'UE - Le Conseil d'État rappelle comment faire le filtre des QPC portant sur des lois de transposition d'une directive européenne (CE 13 mars 2019, n° 424565, *Mme A. C.*) », *RTD Eur.*, 2019, pages 935 à 936.

C. RIZCALLAH, « La notion d'autorité judiciaire d'émission dans le cadre du mandat d'arrêt européen et la procéduralisation du principe de confiance mutuelle », *L'Observateur de Bruxelles*, n°119, janvier 2020, pages 36 à 39.

L. S. ROSSI, « How Fundamental are Fundamental Principles ? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon », *Yearbook of European Law*, 27(1), 2008, pages 65 à 87.

L. S. ROSSI « Droits Fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2019, pages 67 à 84.

J. ROUX, « Le parquet au milieu du gué », *AJDA*, n° 9, 2018, page 509.

F.-X. ROUX-DEMARE, « « L'Europe pénale » : une utopie réalisable », *Les Cahiers de la Justice* 2014/1 (N° 1), 2014, pages 117 à 130.

C. SAAS et T. WEIGEND « Chronique de droit pénal constitutionnel allemand », *RSC*, 2016, pages 831 à 844.

M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS et A. GUÉRIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la mise en œuvre à la mise en balance », *RTD Eur.* n°2, 2016, pages 219 à 247.

H. SATZGER, « Mutual Recognition in Time of Crisis - Mutual Recognition in Crisis ? An Analysis of the New Jurisprudence of the European Arrest Warrant », *European Criminal Law Review*, 2018, pages 317 à 331.

A. SCHNETTGER, « Article 4(2) TEU as a Vehicule for National Constitutional Identity in the Shared European Legal System », Chapitre 2, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF(dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 9 à 37.

T. SCHULTE-KELLINGHAUS, « *Eine Verfassungsbeschwerde gegen Bundesgerichtshof - Stehen richterliche Unabhängigkeit und Gesetzbindung der Richter in Deutschland zur Disposition der Exekutive ?* », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Volume 3, 2020, pages 213 à 245.

D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union » in L. Burgorgue Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, Cahiers européens n° 1, 2011, pages 27 à 43.

D. SIMON, « Acte de naissance du Parquet européen », *Europe* n° 11, Novembre 2020, repère n°10.

D. SIMON, « Retour des monologues juridictionnels croisés ? À propos de l'arrêt du Conseil d'État dans l'affaire « *French Data* » », *Europe* n° 6, Juin 2021, étude n°3.

L. SINOPOLI, I. OMARJEE, M. ROCCATI, A. ANGELAKI, M. BERNELIN, A. FABRIZI, M. GKEGKA, A. NEDJARI, L. PAILLER, B. PASCALE, L. PEUCHMAUR, T. RACHO, J. RONDO, A. DA FONSECA, L. LASNIER, A. LOUBEYRE, S. PROSPER, L. RICHEFEU, C. SAUMAGNE, M.-B. VENENCIE, « Le pouvoir juridictionnel dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTD Eur.*, 2015, pages 529 à 554.

F. SIRACUSANO, « The European Investigation Order for Evidence Gathering Abroad », in T. RAFARACI et R. BELFIORE(dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 85 à 101.

L. STAFFLER, « Strafgesetzhlichkeit im Dialog zwischen Verfassungs- und Unionsrecht », *ZStW* 130(4), 2018, pages 1147 à 1179.

H. TAGARAS, « La valeur ajoutée de la charte des droits fondamentaux. Une tentative de bilan à l'approche du dixième anniversaire de son application », *C.D.E.*, 2019/1, 2019, pages 33 à 90.

G. TAUPIAC-NOUVEL et A. BOTTON, « Coopération renforcée pour la création du Parquet européen. Aspects procéduraux du règlement (UE) du 12 octobre 2017 », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 5, doct. 122, 29 Janvier 2018, pages 204 à 211.

B. THELLIER DE PONCHEVILLE « Consécration par la Chambre criminelle d'une cause autonome de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen tirée du respect des droits fondamentaux », *Chronique Jurisprudence française intéressant le droit de l'Union européenne*, *RTD Eur.* 2013, page 292.

B. THELLIER DE PONCHEVILLE « Tour d'horizon de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation relative aux motifs de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen », *Chronique Jurisprudence française intéressant le droit de l'Union européenne*, *RTD Eur.* 2015, page 348.

J. THOMAS, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein Ausblick », *KriPoZ* ; 6(2021), 2, 2021, pages 106 à 114.

R. TINIÈRE, « La délicate question de la détermination des sanctions pour violation de l'État de droit », *RTD Eur.*, 2019, pages 293 à 304.

A. TRÉMOLIÈRE, « L'émergence du juge pénal dans l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice », in G. ROUSSEL et de F-X ROUX-DEMARE (dir.), *L'Européanisation de la Justice Pénale : actes du colloque organisé le 16 octobre 2015*, France, CUJAS, Coll. Actes & Etudes, 2016, pages 11 à 27.

C. TRENTMANN, « Eurojust und Europäische Staatsanwaltschaft – Auf dem richtigen Weg? », *ZStW* 129(1), 2017, pages 108 à 145.

J. TRIBOUT, « Décision d'enquête pénale européenne », *Europe* n° 1, Janvier 2022, commentaire n°12.

J. TRICOT, « Chronique de droit et de jurisprudence de l'Union européenne », *RSC*, 2018, pages 1015 à 1054.

G. VAN DER SCHYFF, « Member States of the European Union and Identity: A comparative perspective », Chapitre 15, in C. CALLIESS et G. VAN DER SCHYFF (dir.), *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pages 305 à 347.

« Unionsgrundrechte als Prüfungsmassstab des BVerfG / Zweiter Senat akzeptiert grundsätzlich die neue Rechtsprechung des Ersten Senats », *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 31 März 2021, 48 Jg, Heft 1-6 , pages 69 à 80.

Z. VARGA, « Retrial and principles of effectiveness and equivalence in case of violation of the ECHR and of the Charter: XC », *Common Market Law Review* 56, 2019, pages 1673 à 1696.

M. VERPEAUX, « Les résistances de la Constitution française », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 46, note n°1208, 15 Novembre 2021, pages 2100 à 2113.

M. L. WADE, « *The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form* », in T. RAFARACI et R. BELFIORE (dir.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Switzerland, Springer, 2019, pages 165 à 180.

T. WAHL, « The EPPO and the Fragmentation of Defence Rights », Chapitre 5, in K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA (dir.), *The European public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming EU criminal law*, Padova, CEDAM, Coll. Giustizia penale europea Volume n°12, 2020, pages 85 à 113.

T. WAHL, « Fair Trial Concerns: German Court Suspends Execution of Polish EAW », *Eucrim*, Issue 1/2020, avril 2020, pages 27 à 28.

M. WENDEL, « Mutual Trust, Essence and Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue n°1, 2019, pages 17 à 48.

M. WENDEL, « The two-faced guardian – or how one half of the German Federal Constitutional Court became a European fundamental rights court », *Common Market Law Review* 57, 2020, pages 1383 à 1426.

A. WEYEMBERGH, « Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 408-30, 1er mai 2009.

E. XANTHOPOULOU, « Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust », *Common Market Law Review* 55, 2018, pages 489 à 509.

F. ZIMMERMANN, « Die Europäische Ermittlungsanordnung: Schreckgespenst oder Zukunftsmodell für grenzüberschreitende Strafverfahren? », *ZStW* 127(1), 2015, pages 143 à 175.

« Brexit, Mandat d'arrêt européen, Confiance mutuelle, Adhésion à la Convention EDH », *L'Observateur de Bruxelles*, 2019/1 n°115, 2019, pages 77 à 78.

Sitographie :

J. VON ACHENBACH, « No Case for Legal Interventionism: Defending Democracy Through Protecting Pluralism and Parliamentarism », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/no-case-for-legal-interventionism-defending-democracy-through-protecting-pluralism-and-parliamentarism/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

W. VAN BALLEGOOIJ, P. BÀRD, « The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU » Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/the-cjeu-in-the-celmer-case-one-step-forward-two-steps-back-for-upholding-the-rule-of-law-within-the-eu/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

H. BANG FULSANG MADSEN SORENSEN, « Mutual trust – blind trust or general trust with exceptions? The CJEU hears key cases on the European Arrest Warrant », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/mutual-trust-blind-trust-or-general.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

L. BAUDRIHAYE-GÉRARD « Can Belgian, French and Swedish prosecutors issue European Arrest Warrants? The CJEU clarifies the requirement for independent public prosecutors », Fair Trials, EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/01/can-belgian-french-and-swedish.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

J.-S. BERGÉ, « Une, deux et... trois lectures : de l'avis 2/2013 (CJUE) à l'affaire Avotins (CEDH) », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/12/cooperation-judiciaire-civile/une-deux-et-trois-lectures-de-lavis-23013-ue-a-laffaire-avotins-cedh/>, 2015, dernière consultation novembre 2019.

J.-S. BERGÉ, « Avotins ou le calme qui couve la tempête », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/05/26/cooperation-judiciaire-civile/avotins-ou-le-calme-qui-couve-la-tempete/>, 2016, dernière consultation novembre 2019.

J.-S. BERGÉ, « L'espace de liberté, sécurité, justice en 2015/2016 : retour sur une année d'intersections », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/06/16/asile/l'espace-de-liberte-securite-justice-en-20152016-retour-sur-une-annee-dintersections/>, 2016, dernière consultation novembre 2019.

J.-S. BERGÉ, « L'ELSJ est l'avenir de l'UE ! », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2017/03/31/liberte-de-circulation/l'elsj-est-lavenir-de-lue/>, 2017, dernière consultation novembre 2019.

J.-S. BERGÉ, « « Reconnaissance mutuelle » et « Confiance mutuelle » dans le discours de la Commission et de la Cour de justice (à propos de l'actualité récente) : entre posture et culture ! », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/03/23/liberte-de-circulation/reconnaissance-mutuelle-et-confiance-mutuelle-dans-le-discours-de-la-commission-et-de-la-cour-de-justice-a-propos-de-lactualite-recente-entre-posture-et-cultur/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

J.-S. BERGÉ, « La confiance mutuelle, les libres circulations et la question du sens : bref panorama de l'espace judiciaire européen », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2019/03/21/cooperation-judiciaire-civile/la-confiance-mutuelle-les-libres-circulations-et-la-question->

[du-sens-bref-panorama-de-lespace-judiciaire-europeen/#more-5980](#), 2019, dernière consultation novembre 2019.

F. BITTMANN, « EU-direkt: Die Europäische Staatsanwaltschaft vor dem Start », WisteV, <https://wistev.de/journal/2020/03/05/deeu-direkt-die-europaeische-staatsanwaltschaft-vor-dem-start/> , janvier 2020, dernière consultation juin 2021.

P. BLOKKER, « From legal to political constitutionalism? », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/from-legal-to-political-constitutionalism/>, 2017, dernière consultation mars 2020.

A. VON BOGDANDY, « Fundamentals on Defending European Values », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/fundamentals-on-defending-european-values/>, 2019, dernière consultation mars 2020.

J. BORG-BARTHET, « Judicial Independence and Maltese courts: Is a microstate about to provide EU rule of law with its Van Gend moment? », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/05/judicial-independence-and-maltese.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

P. BRUNA, V. COURONNE, « Les nouveaux procureurs européens , des « Eliot Ness » à l'européenne ? », <https://lessurligneurs.eu/les-nouveaux-procureurs-europeens-des-eliot-ness-a-leuropeenne/>, le 2 juillet 2021, dernière consultation août 2022.

B. BUDINSKA, Z. VIKARSKA, M. FICHERA, « Criminal law, human rights and constitutional pluralism: two views on Taricco II », Blog EU Law analysis, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/12/criminal-law-human-rights-and.html>, 2017, dernière consultation décembre 2019.

J. BURCHETT, « CJEU: European Arrest Warrants and independence of public prosecutors », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/06/cjeu-european-arrest-warrants-and.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

S. CHOUDHRY, « Constitutional Resilience to Populism: Four Theses », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/constitutional-resilience-to-populism-four-theses/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

B. COUTEAU, « Abolition de la Peine de mort : Une Exception européenne à promouvoir », Notre Europe - Institut Jacques Delors, Blog post n°201009, <https://institutdelors.eu/publications/abolition-de-la-peine-de-mort-une-exception-europeenne-a-promouvoir/>, 2020, dernière consultation juin 2022

E. DE CAPITANI and S. PEERS, « The European Investigation Order: A new approach to mutual recognition in criminal matters » EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/05/the-european-investigation-order-new.html>, 2014, dernière consultation décembre 2019.

L. DELGADO, « Mise en oeuvre du droit de l'Union et principe ne bis idem ... précisions jurisprudentielles sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/11/droits-fondamentaux/mise-en-oeuvre-du-droit-de-union-et-principe-ne-bis-in-rem-precisions-jurisprudentielles-sur-lapplicabilite-de-la-charte-des-droits-fondamentaux/>, 2013, dernière consultation novembre 2019.

R. DIXON, « Populist Constitutionalism and the Democratic Minimum Core », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/populist-constitutionalism-and-the-democratic-minimum-core/>, 2017, dernière consultation mars 2020.

C. DUPRÉ, « Individuals and Judges in Defense of the Rule of Law », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/individuals-and-judges-in-defense-of-the-rule-of-law/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, « Mutual trust and independence of the judiciary after the CJEU judgment in LM – new era or business as usual? », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/08/mutual-trust-and-independence-of.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019.

A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, « Drawing Red Lines With No (Significant) Bite – Why an Individual Test Is Not Appropriate in the LM Case », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/drawing-red-lines-with-no-significant-bite-why-an-individual-test-is-not-appropriate-in-the-lm-case/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

M. FRIGO, « EU Court Condemns the EU Legislative Process for Lack of Transparency: Time to Open Up? », <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/04/eu-court-condemns-eu-legislative.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019.

E. GILL-PEDRO, « Learning to let go – the Charter of Fundamental Rights after Brexit », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/09/learning-to-let-go-charter-of.html>, 2017, dernière consultation décembre 2019.

J. GRAAT, « Human rights v the European Arrest Warrant? The legality of surrender detention after 90 days », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/10/human-rights-v-european-arrest-warrant.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019.

J. GRAAT, « Prison Break? The CJEU rules on clashing EU and national law obligations on detention time limits », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/02/prison-break-cjeu-rules-on-clashing-eu.html>, 2019, dernière consultation décembre 2019.

C. GRABENWARTER, « Constitutional Resilience », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/constitutional-resilience/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

F. GREMMELPREZ, « Does Poland infringe the principle of effective judicial protection? Recent developments in the CJEU », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/04/does-poland-infringe-principle-of.html>, 2019, dernière consultation décembre 2019.

M. GUIRESSE, « Confiance mutuelle et mandat d'arrêt européen : évolution ou inflexion de la Cour de justice de l'Union européenne ? », grd-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/04/12/cooperation-judiciaire-penale/confiance-mutuelle-et-mandat-darret-europeen-evolution-ou-inflexion-de-la-cour-de-justice/>, 2016, dernière consultation janvier 2020.

M. GUIRESSE, « L'arrêt Ognyanov de la Cour de justice : quand la confiance réciproque se fait le révélateur des déficiences de l'espace de liberté », grd-elsj, <http://www.gdr->

[elsj.eu/2016/11/20/cooperation-judiciaire-penale/larret-ognyanov-de-cour-de-justice-confiance-reciproque-se-revelateur-deficiences-de-lespace-de-liberte/](http://www.gdr-elsj.eu/2016/11/20/cooperation-judiciaire-penale/larret-ognyanov-de-cour-de-justice-confiance-reciproque-se-revelateur-deficiences-de-lespace-de-liberte/), 2016, dernière consultation novembre 2019.

M. GUIRESSE, « Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle : réflexions sur le juge européen », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/02/08/cooperation-judiciaire-penale/quand-le-juge-constitutionnel-allemand-encadre-la-confiance-mutuelle-reflexions-sur-le-juge-europeen-des-droits-fondamentaux/>, 2017, dernière consultation juillet 2020.

M. HAILBRONNER, D. E. LANDAU, « Introduction: Constitutional Courts and Populism », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/introduction-constitutional-courts-and-populism/>, 2017, dernière consultation mars 2020.

S. Ø. JOHANSEN, « EU law and the ECHR: the Bosphorus presumption is still alive and kicking - the case of Avotiņš v. Latvia », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/05/eu-law-and-echr-bosphorus-presumption.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

S. KLINGE, « Dialogue or disobedience between the European Court of Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold-principle », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/12/dialogue-or-disobedience-between.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

D. KOCHENOV, L. PECH, and K. L. SCHEPPELE, « The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never ? », Blog EU Law Analysis, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/12/the-european-commissions-activation-of.html>, 2017, dernière consultation décembre 2019.

H. LABAYLE, « Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/03/cooperation-judiciaire-penale/mandat-darret-europeen-et-degre-de-protection-des-droits-fondamentaux-quand-la-confiance-se-fait-aveugle/>, 2013, dernière consultation novembre 2019.

H. LABAYLE, « La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux ? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/droits-fondamentaux/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/>, 2014, dernière consultation novembre 2019.

H. LABAYLE, « Winter is coming : la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'Etat de droit », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/09/26/informations-generales/winter-is-coming-la-hongrie-la-pologne-lunion-europeenne-et-les-valeurs-de-letat-de-droit-deuxieme-partie/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

C. LAMBRECHT, du 1er juin 2021, site officiel du ministère fédéral de la justice, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2021/0528_Europaeische_Staatsanwaltschaft.html, dernière consultation octobre 2021.

J. D. LEFEUVRE, « L'arrêt de la CJUE du 4 octobre 2018, Commission c. France, vertus et limites du dialogue des juges au Palais Royal », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/>

[2018/10/17/informations-generales/larret-de-la-cjue-du-4-octobre-2018-commission-c-france-vertus-et-limites-du-dialogue-des-juges-au-palais-royal/](https://www.gdr-elsj.eu/2018/10/17/informations-generales/larret-de-la-cjue-du-4-octobre-2018-commission-c-france-vertus-et-limites-du-dialogue-des-juges-au-palais-royal/), 2018, dernière consultation novembre 2019.

D. LÖFFLER, « Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein wirksames Instrument zur Bekämpfung von Korruption? », JuWissBlog, Nr. 96/2019 v. 31.10.2019, <https://www.juwiss.de/96-2019/>, 2019, dernière consultation juin 2021.

E. LOFREDI, « L'arrêt David Piotrowski de la Cour de justice : confiance mutuelle 1 – spécificité du droit pénal des mineurs 0 », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/05/03/informations-generales/larret-david-piotrowski-de-la-cour-de-justice-confiance-mutuelle-1-specificite-du-droit-penal-des-mineurs-0/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

M. LUCHTMAN, J. OUWERKERK, M. VAN NOORLOOS, P. GEELHOED, J. RIJPMAN and L. MIDDELKOOP, « Fundamental Rights and the European Public Prosecutor's Office: an uncomfortable silence », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/04/fundamental-rights-and-european-public.html>, 2015, dernière consultation décembre 2019.

M. MATCZAK, « Self-defence of public institutions in the Polish constitutional crisis », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/self-defence-of-public-institutions-in-the-polish-constitutional-crisis/>, 2017, dernière consultation mars 2020.

R. MEHDI, « Retour sur l'arrêt Melloni : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/29/cooperation-judiciaire-penale/retour-sur-larret-melloni-quelques-reflexions-sur-des-usages-contradictaires-du-principe-de-primaute/>, 2013, dernière consultation novembre 2019.

R. MEHDI, « Avis 2/13 : le mécanisme de codéfendeur à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/13/droits-fondamentaux/avis-213-le-mecanisme-de-codedefendeur-a-lepreuve-de-lautonomie-du-droit-de-lunion-europeenne/>, 2015, dernière consultation novembre 2019.

Á. MOHAY, « Plot twist? Case C-128/18 Dorobantu: detention conditions and the applicability of the ECHR in the EU legal order », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/10/plot-twist-case-c-12818-dorobantu.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

L. PECH, S. PLATON, « Rule of Law backsliding in the EU: The Court of Justice to the rescue? Some thoughts on the ECJ ruling in Associação Sindical dos Juizes Portugueses », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html>, 2018, dernière consultation janvier 2020.

L. PECH, S. PLATON, « The beginning of the end for Poland's so-called "judicial reforms"? Some thoughts on the ECJ ruling in Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case) », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/06/the-beginning-of-end-for-polands-so.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

S. PEERS, « Protecting the rule of law in the EU: should it be the Commission's task? », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/03/protecting-rule-of-law-in-eu-should-it.html>, 2014, dernière consultation décembre 2019.

S. PEERS, « Free movement of murderers? EU law aspects of the Alice Gross case », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/09/free-movement-of-murderers-eu-law.html>, 2014, dernière consultation décembre 2019.

S. PEERS, « The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>, 2014, dernière consultation décembre 2019.

S. PEERS, « In defence of the EU Charter of Fundamental Rights », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/04/in-defence-of-eu-charter-of-fundamental.html>, 2014, dernière consultation décembre 2019.

S. PEERS, « Crime victims : does EU law now confer extra rights? », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/11/crime-victims-does-eu-law-now-confer.html>, 2015, dernière consultation décembre 2019.

S. PEERS, « Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper? », EU Law Analysis blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

S. PEERS, « Extradition to non-EU countries: the limits imposed by EU citizenship », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/09/extradition-to-non-eu-countries-limits.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

S. PEERS, « Free at last? Detention, the European Arrest Warrant and Julian Assange », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/free-at-last-detention-european-arrest.html>, 2016, dernière consultation décembre 2019.

S. PEERS, « Torture victims and EU law », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/04/torture-victims-and-eu-law.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019.

S. PEERS, « Extradition to non-EU countries – further developments in EU case law », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/04/extradition-to-non-eu-countries-further.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019

S. PEERS, « Should the EU sanction its Member States for breaches of rule of law and human rights? Part 1: The Legal Framework », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/07/should-eu-sanction-its-member-states.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

S. PEERS, « Should the EU sanction its Member States for breaches of rule of law and human rights? Part 2: The Application of Ordinary EU law », EU Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/10/should-eu-sanction-its-member-states.html>, 2019, dernière consultation janvier 2020.

M. POELEMANS, « Etat de droit et mandat d'arrêt européen : quel rôle pour la Cour de Justice ? », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/26/informations-generales/etat-de-droit-et-mandat-darret-europeen-quel-role-pour-la-cour-de-justice/>, 2018, dernière consultation janvier 2020.

C. RIZCALLAH, « “Dear Colleague, Are You Independent Enough?” The Fate of the Principle of Mutual Trust in Case of Systemic Deficiencies in a Member State’s System of Justice », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/07/dear-colleague-are-you-independent.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019.

L. S. ROSSI, « The relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and Directives in horizontal situations » , <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/02/the-relationship-between-eu-charter-of.html>, 2019, dernière consultation décembre 2019.

C. SAUMAGNE, « La lutte contre le financement du terrorisme : la justification du renforcement de la politique pénale européenne », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2017/01/16/cooperation-policiere/lutte-contre-financement-terrorisme-justification-renforcement-de-politique-penale-europeenne/>, 2017, dernière consultation novembre 2019.

J-M. SAUVÉ, « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », Congrès du 25ème anniversaire de l'Académie de droit européen (ERA) à Trèves le 19 octobre 2017, site officiel du Conseil d'Etat, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-autorite-du-droit-de-l-union-europeenne-le-point-de-vue-des-juridictions-constitutionnelles-et-supremes>, 2017, dernière consultation juillet 2020.

D. SAYERS, « Standing up for children? The Directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/12/standing-up-for-children-directive-on.html>, 2015, dernière consultation décembre 2019.

D. SAYERS, « The new Directive on the presumption of innocence: protecting the ‘golden thread’ », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/11/the-new-directive-on-presumption-of.html>, 2015 et update , dernière consultation décembre 2019.

K. L. SCHEPPELE, L. PECH, R. D. KELEMEN, « Never Missing an Opportunity to Miss an Opportunity: The Council Legal Service Opinion on the Commission’s EU budget-related rule of law mechanism », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/never-missing-an-opportunity-to-miss-an-opportunity-the-council-legal-service-opinion-on-the-commissions-eu-budget-related-rule-of-law-mechanism/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

A. SIKORA, « The CJEU and the rule of law in Poland: Note on the Polish Supreme Court preliminary ruling request of 2 August 2018 », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/08/the-cjeu-and-rule-of-law-in-poland-note.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019.

P. SONNEVEND, « A Clever Compromise or a Tectonic Shift? The LM Jugment of the CJEU », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/a-clever-compromise-or-a-tectonic-shift-the-lm-jugment-of-the-cjeu/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

E. SPAVENTA, « What is the point of minimum harmonization of fundamental rights? Some further reflections on the Achbita case. », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/03/what-is-point-of-minimum-harmonization.html>, 2017, dernière consultation décembre 2019.

L. D. SPIEKER, « Commission v. Poland – A Stepping Stone Towards a Strong “Union of Values” », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/commission-v-poland-a-stepping-stone-towards-a-strong-union-of-values/>, 2019, dernière consultation mars 2020.

G. TAUPIAC-NOUVEL, « Le principe de proportionnalité en coopération judiciaire pénale : principe janusien de l'espace pénal européen », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/06/16/cooperation-judiciaire-penale/le-principe-de-proportionnalite-en-cooperation-judiciaire-penale-principe-janusien-de-lespace-penal-europeen/>, 2015, dernière consultation novembre 2019.

G. TAUPIAC-NOUVEL, « La transposition de la décision d'enquête européenne par l'ordonnance du 1er décembre 2016 : une surprise attendue ... », <http://www.gdr-elsj.eu/2016/12/14/cooperation-judiciaire-penale/transposition-de-decision-denquete-europeenne-lordonnance-1er-decembre-2016-surprise-attendue/>, 2016, dernière consultation novembre 2019.

G. TAUPIAC-NOUVEL, « L'arrêt Bob-Dogi de la Cour de justice, deux occasions manquées pour le droit de la coopération judiciaire pénale », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/06/08/cooperation-judiciaire-penale/un-arret-bob-dogi-de-la-cour-de-justice-deux-occasions-manquees-pour-le-droit-de-la-cooperation-judiciaire-penale/>, 2016, dernière consultation novembre 2019.

G. TAUPIAC-NOUVEL, « Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne », gdr-elsj, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/10/28/informations-generales/derniers-developpements-concernant-le-mandat-darret-europeen-la-cour-de-justice-au-secours-de-la-construction-repressive-europeenne/>, 2018, dernière consultation novembre 2019.

G. A. TYTH, « Laws, Conventions, and Fake Constitutions », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/laws-conventions-and-fake-constitutions/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

S. WEATHERILL, « What “mutual recognition” really entails: analysis of the Prime Minister's Mansion House Brexit policy speech », EU Law Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/what-mutual-recognition-really-entails.html>, 2018, dernière consultation décembre 2019.

M. WENDEL, « Afraid of Their Own Courage? Some Preliminary Reflections on LM », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/afraid-of-their-own-courage-some-preliminary-reflections-on-lm/>, 2018, dernière consultation mars 2020.

M. ZIYLKOWSKI, B. GRABOWSKA-MOROZ, « Enforcement of EU Values and the Tyranny of National Identity – Polish Examples and Excuses », Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/enforcement-of-eu-values-and-the-tyranny-of-national-identity-polish-examples-and-excuses/>, 2019, dernière consultation mars 2020.

DOCUMENTS OFFICIELS

La Commission européenne :

Communications

Communication au Parlement européen sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales dans le domaine pénal, COM(2000) 495 final, du 26 juillet 2000.

Livre Vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, COM(2001) 715 final, le 11 décembre 2001.

Communication au Conseil et au Parlement européen sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres, COM(2005) 195 final, 19 mai 2005.

Communication au Parlement européen et au Conseil européen, « Une Europe qui protège: une initiative pour étendre les compétences du Parquet européen aux infractions terroristes transfrontières Contribution de la Commission européenne à la réunion des dirigeants qui aura lieu à Salzbourg les 19 et 20 septembre 2018 », COM/2018/641 final, Bruxelles, le 12 septembre 2018.

Avis

Avis n° 685 / 2012 concernant la comptabilité avec les principes constitutionnels et l'état de droit des mesures adoptées par le gouvernement et le parlement de Roumanie à l'égard des autres institutions de l'état et l'ordonnance gouvernementale d'urgence modifiant la loi n° 47/1992 sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle, ainsi que l'ordonnance gouvernementale d'urgence modifiant et complétant la loi n° 3/2000 sur l'organisation d'un référendum de Roumanie, adopté par la Commission de Venise lors de sa 93e session plénière, les 14-15 décembre 2012, CDL-AD(2012)026*.

Avis n° 860/2016 sur la loi relative au Tribunal constitutionnel polonais, adopté par la Commission de Venise à sa 108e session plénière (Venise, 14-15 octobre 2016), CDL-AD(2016)026.

Manuels

Manuel concernant l'émission de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen (2017/C 335/01), consultable: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC1006\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC1006(02)&from=EN).

Rapport

Rapport au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, COM(2020) 270 final, le 2 juillet 2020.

Mémo

Mémo MEMO/13/693 "Chaque euro compte – Foire aux questions sur le Parquet européen » du 17 juillet 2013, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_13_693.

Travaux

« Model Rules for the Procedure of the EPPO », sous la direction de K. LIGETI, 2013, consultable sur : <https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/42085/1/Model%20Rules%20and%20explanatory%20notes%20EN.pdf>.

Le Conseil européen :

Conclusions du Conseil «Le mandat d’arrêt européen et les procédures d’extradition — défis actuels et voie à suivre», 2020/C 419/09 OJ C 419, le 4.12.2020, (p. 23–30).

Le Parlement européen :

Résolution

Résolution (2017/C 378/18) du 12 mars 2014 sur la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen (COM(2013)0534 — 2013/0255(APP)), ref. P7_TA(2014)0234.

Éléments d’information

I. ZAMFIR, European Parliamentary Research Service, « The death penalty and the EU's fight against it », PE 635.516, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/635516/EPRS_ATA\(2019\)635516_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/635516/EPRS_ATA(2019)635516_EN.pdf), February 2019.

Travaux

Le projet de Traité instituant l’Union européenne présenté au Parlement européen le 14 février 1984, dit « Projet Spinelli » publié au JOCE, C 77, du 19 mars 1984, p. 33 et s.

Le Conseil de l’Europe :

Haut-Commissariat des droits de l’Homme, communiqué de presse, « Comité contre la torture : La Délégation de l’Allemagne répond aux questions des Experts », 08 novembre 2011: <https://www.ohchr.org/fr/press-releases/2011/11/committee-against-torture-hears-response-germany>.

Comité européen pour les Problèmes Criminels (CDPC) et Comité d’experts sur le Fonctionnement des Conventions européennes sur la Coopération dans le Domaine Pénal (PC-OC) du Conseil de l’Europe, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme pertinente pour l’application des Conventions européennes sur la coopération internationale dans le domaine pénal », Strasbourg, le 15 octobre 2014, PC-OC (2011) 21 REV 8 : <https://rm.coe.int/1680319027>.

Groupe de travail sur la coopération internationale Vienne, « Problèmes rencontrés dans l'accélération du processus d'extradition, notamment la prise en compte de la santé, de la sécurité et d'autres questions touchant aux droits de l'homme, ainsi que les stratégies judiciaires mises en œuvre par les prévenus pour retarder l'exécution d'une demande d'extradition », 16 octobre 2018, Vienne, dans le cadre de la Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Document d'information CTOC/COP/WG.3/2018/5 établi par le Secrétariat : https://www.unodc.org/documents/treaties/International_Cooperation_2018/October/V1805440.pdf.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du Conseil de l'Europe, 31e Rapport général, 1er janvier – 31 décembre 2021: <https://rm.coe.int/1680a63c71>.

Council of Europe Annual Penal Statistics, « Prison Populations » Report, SPACE I de 2021, PC-CP (2021)11, Strasbourg, 15 December 2021, Updated on 19 April 2022 : https://wp.unil.ch/space/files/2022/05/Aebi-Cocco-Molnar-Tiago_2022_SPACE-I_2021_FinalReport_220404.pdf.

Guide sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « Le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour », Première édition, 31 mars 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_EU_law_in_ECHR_case-law_FRA.pdf.

Le Parquet européen :

Décision du collège :

Règlement intérieur du Parquet européen adopté le 12 octobre 2020 par Décision du Collège du Parquet européen 003/2020, tel que modifié et complété par la Décision 085/2021 du 11 août 2021 et la Décision 026/2022 du 29 juin 2022.

Décision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 25 November 2020 on the appointment of European Delegated Prosecutors of the EPPO in the Federal Republic of Germany, 19/2020, Luxembourg.

Décision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 2 December 2020 on the appointment of one European Delegated Prosecutors of the EPPO in the Federal Republic of Germany, 22/2020, Luxembourg.

Décision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 21 April 2021 on the appointment of European Delegated Prosecutors of the EPPO in the French Republic, 026/2021, Luxembourg.

Décision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 20 September 2022 on the appointment of one European Delegated Prosecutors of the EPPO in the French Republic, 041/2022, Luxembourg.

Rapport :

Rapport annuel du Parquet européen de 2021, 2529-3486, Luxembourg, 2022, 92 pages.
consultable: https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2022-08/EPPO-Annual-Report-2021-FR_0.pdf.

TEXTES DE DROIT

Droit de l'Union européenne :

Traité sur l'Union européenne.

Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, du 19 juin 1990.

Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres.

Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve.

Décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès.

Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales a été adoptée.

Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires.

Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.

Directive (UE) 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 relative à l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen.

Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal.

Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

Commentaires des autorités françaises du 07 juin 2021 relatifs aux éléments devant être notifiés au titre de l'article 117 du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, Ref. Ares(2021)3716091. <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-11/10-FR.pdf>.

Commentaires des autorités allemandes relatifs le 18 juin 2021 relatifs aux éléments devant être notifiés au titre de l'article 117 du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen. <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-11/12-DE.pdf>.

Droit international :

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, signature à Rome le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

Droit national :

Droit allemand :

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland- Loi Fondamentale allemande pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 (Journal officiel fédéral, p. 1) (BGBl. III 100-1).

Die Strafprozessordnung (StPO) - code de procédure pénale allemand.

Das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) - La loi sur l'entraide internationale en matière pénale.

Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, 28.06.2019.

Deutscher Bundestag, Drucksache 19/17963, Thema : Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und zur Änderung weiterer Vorschriften, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/179/1917963.pdf>, 19. Wahlperiode, le 16.03.2020.

Das Gesetz zur Ausführung der EU-Verordnung zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (Europäische-Staatsanwaltschaft-Gesetz - EUStAG) - La loi transposant le règlement portant création du Parquet européen en Allemagne, le 10 juillet 2020.

Documents officiels allemands :

Empfehlungen der Ausschüsse der 971. Sitzung des Bundesrates am 19. Oktober 2018 - Recommandations des commissions de la 971e séance du Bundesrat du 19 octobre 2018; BR-Drs 444/1/18.

Ministère fédéral des Affaires étrangères , « Historique et développement de l'Accord de Schengen », <https://www.auswaertiges-amt.de/fr/02-entree-sejour/01-accord-schengen/1242704>.

Droit français :

Constitution française du 4 octobre 1958.

Code de procédure pénale français (Version en vigueur au 21 novembre 2022).

Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 [Mandat d'arrêt européen].

Ordonnance n°2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal.

Circulaire du 17 décembre 2019 relative à la compétence nationale concurrente du tribunal de grande instance et de la cour d'assises de Paris dans la lutte contre la criminalité organisée de très grande complexité, et à l'articulation du rôle des différents acteurs judiciaires en matière de lutte contre la criminalité organisée, NOR : JUS D 1934576 C; N° de Circulaire : Crim-2019-21/G/29.11.2019; N/REF : 2019/1686/D7.

Circulaire du 4 octobre 2021 relative à la lutte contre la fraude fiscale; N° NOR : JUSD2129778C; N° CIRCULAIRE : CRIM »2021 « - 10 / G3 – 04/10/2021; N/REF : DP 2021/F/0122/FC4.

Documents officiels français :

Étude d'impact du Projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée; NOR : JUSX1933222L/Bleue-1; le 29 janvier 2020; consultable sur : <https://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl19-283-ei/pjl19-283-ei.html>

Rapport d'information déposé par la Commission des Affaires européennes portant observations sur le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée (n°2731), le 18 novembre 2020 https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/duel15b3585_rapport-information.pdf.

Compte rendu n°25 de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République du 24 novembre 2020; https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/cion_lois/l15cion_lois2021025_compte-rendu; Assemblée nationale.

JURISPRUDENCES

Cour de justice de l'Union européenne :

CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*.
Affaire 26/62. ECLI:EU:C:1963:1

CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*
Affaire 6/64. ECLI:EU:C:1964:34

CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm - Sozialamt*.
Affaire 29/69. ECLI:EU:C:1969:57

CJCE, 5 mai 1970, *Commission c/ Belgique*.
Affaire C-77/69. ECLI:EU:C:1970:34

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.
Affaire 11/70. ECLI:EU:C:1970:114

CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*.
Affaire 4/73. ECLI:EU:C:1974:51

CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*.
Affaire 41-74. ECLI:EU:C:1974:133

CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*.
Affaire 36/75. ECLI:EU:C:1975:137

CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*.
Affaire 106/77. ECLI:EU:C:1978:49

CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*.
Affaire 148/78. ECLI:EU:C:1979:110

CJCE, 6 Octobre 1982, *CILFIT*.
Affaire C-283/81. ECLI:EU:C:1982:335

CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*.
Affaire 14/83. ECLI:EU:C:1984:153

CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*.
Affaires jointes C-6/90 et C-9/90. ECLI:EU:C:1991:428

CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*.
Affaires jointes C-46/93 et C-48/93. ECLI:EU:C:1996:79

CJCE, 11 février 2003, *Procédures pénales contre Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge*.
Affaires jointes C-187/01 et C-385/01. ECLI:EU:C:2003:87

CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*.
Affaire C-112/00. ECLI:EU:C:2003:333

CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler et Republik Österreich*.
Affaire C-224/01. ECLI:EU:C:2003:513

CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*.
Affaire C-129/00. ECLI:EU:C:2003:656

CJUE (première chambre), 14 octobre 2004, *Omega*.
Affaire C-36/02. ECLI:EU:C:2004:614

CJUE (grande chambre), 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW contre Leden van de Ministerraad*.
Affaire C-303/05. ECLI:EU:C:2007:261

CJUE (première chambre), 7 juin 2007, *Commission c/ Grèce*.
Affaire C-156/04. ECLI:EU:C:2007:316

CJUE (grande chambre), du 11 décembre 2007, *Viking*.
Affaire C-438/05. ECLI:EU:C:2007:772

CJUE (grande chambre), du 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*.
Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P. ECLI:EU:C:2008:461

CJCE (troisième chambre), 12 novembre 2009, *Commission c/ Espagne*.
Affaire C-154/08. ECLI:EU:C:2009:695

CJUE (grande chambre), 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*.
Affaires jointes C-188/10 et C-189/10. ECLI:EU:C:2010:363

CJUE, 21 décembre 2011, *NS contre Secretary of State for the Home Department*.
Affaires jointes C- 411/10 et C- 493/10. ECLI:EU:C:2011:865

CJUE (grande chambre), du 29 janvier 2013, *Ciprian Vasile Radu*.
Affaire C- 396/1111. Concl. E. Sharpston. ECLI:EU:C:2013:39

CJUE (grande chambre), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*.
Affaire C- 399/11. Concl. Y. Bot. ECLI:EU:C:2013:107

CJUE (grande chambre), 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*.
Affaire C-617/10. Concl. P. Cruz Villalon. ECLI:EU:C:2013:105

CJUE (deuxième chambre), du 30 mai 2013, *Jeremy F*.
Affaire C- 168/13 PPU. ECLI:EU:C:2013:358

CJUE (assemblée plénière), 18 décembre 2014, *avis 2/13*.
ECLI:EU:C:2014:2454

CJUE (grande chambre), 16 juillet 2015, *Lanigan*.
Affaire C-237/15 PPU. ECLI:EU:C:2015:474

CJUE (grande chambre), 8 septembre 2015, *Procédure pénale contre Ivo Taricco e.a.*
Affaire C-105/14. ECLI:EU:C:2015:555

CJUE (deuxième chambre), 9 septembre 2015, *Ferreira da Silva*.
Affaire C-160/14. ECLI:EU:C:2015:565

CJUE (grande chambre), 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*.
Affaires jointes C- 404/15 et C-659/15 PPU. Concl. Y. Bot. ECLI:EU:C:2016:198.

CJUE (grande chambre), 19 avril 2016, *Ajos*.
Affaire C-441/14. ECLI:EU:C:2016:278.

CJUE (quatrième chambre), 24 mai 2016, *Pawel Dworzecki*.
Affaire C-108/16 PPU. ECLI:EU:C:2016:346

CJUE (deuxième chambre), 1^{er} juin 2016, *Bob-Dogi*.
Affaire C-241/15. ECLI:EU:C:2016:385

CJUE (quatrième chambre), 28 juillet 2016, *JZ*.
Affaire C-294/16 PPU. ECLI:EU:C:2016:610

CJUE (grande chambre), 6 septembre 2016, *Petruhhin*.
Affaire C- 182/15. ECLI:EU:C:2016:630

CJUE (grande chambre), 8 novembre 2016, *Atanas Ognyanov*.
Affaire C-554/14. ECLI:EU:C:2016:835

CJUE (quatrième chambre), 10 novembre 2016, *Ruslanas Kovalkovas*.
Affaire C-477/16 PPU. ECLI:EU:C:2016:861

CJUE (quatrième chambre), 10 novembre 2016, *Krzysztof Marek Poltorak*.
Affaire C-452/16 PPU. ECLI:EU:C:2016:858

CJUE (quatrième chambre), 10 novembre 2016, *Halil Ibrahim Özçelik*.
Affaire C-453/16 PPU. ECLI:EU:C:2016:860

CJUE (troisième chambre), 25 janvier 2017, *Vilkas*.
Affaire C-640/15. ECLI:EU:C:2017:39

CJUE (cinquième chambre), 16 février 2017, *C. K. e.a. contre Republika Slovenija*.
Affaire C- 578/16 PPU. ECLI:EU:C:2017:127

CJUE (cinquième chambre), 29 juin 2017, *Poplawski*.
Affaire C-579/15. ECLI:EU:C:2017:503

CJUE (cinquième chambre), 10 août 2017, *Tadas Tupikas*.
Affaire C-270/17 PPU. ECLI:EU:C:2017:628

CJUE (cinquième chambre), 10 août 2017, *Sławomir Andrzej Zdziasek*.
Affaire C-271/17 PPU. ECLI:EU:C:2017:629

CJUE (grande chambre), 5 décembre 2017, *M.A.S., & M.B.*
Affaire C-42/17. ECLI:EU:C:2017:936

CJUE (cinquième chambre), 22 décembre 2017, *Samet Ardic*.
Affaire C-571/17 PPU. ECLI:EU:C:2017:1026

CJUE (grande chambre), 23 janvier 2018, *Dawid Piotrowski*.
Affaire C-367/16. ECLI:EU:C:2018:27

CJUE (grande chambre), 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses
contre Tribunal de Contas*.
Affaire C-64/16. ECLI:EU:C:2018:117

CJUE (grande chambre), 6 mars 2018, *Slowakische Republik contre Achmea BV*.
Affaire C-284/16. ECLI:EU:C:2018:158

CJUE (grande chambre), 10 avril 2018, *Romano Piscioti*.
Affaire C-191/16. ECLI:EU:C:2018:222

CJUE (grande chambre), 5 juin 2018, *Procédure pénale contre Nikolay Kolev e.a.*
Affaire C-612/15. ECLI:EU:C:2018:392

CJUE (grande chambre), 25 juillet 2018, *LM*.
Affaire C-216/18 PPU. Concl. E. Tanchev. ECLI:EU:C:2018:586

CJUE (première chambre), 25 juillet 2018, *ML*.
Affaire C-220/18 PPU. ECLI:EU:C:2018:589

CJUE (première chambre), 19 septembre 2018, *RO*.
Affaire C-327/18 PPU. ECLI:EU:C:2018:733

CJUE (cinquième chambre), 4 octobre 2018, *Commission contre République française*.
Recours en manquement au titre de l'article 258 TFUE.
Affaire C-416/17. ECLI:EU:C:2018:811

CJUE (grande chambre), 6 novembre 2018, *Stadt Wuppertal contre Maria Elisabeth Bauer
et Volker Willmeroth contre Martina Broßonn*.
Affaires jointes C-569/16 et C-570/16. ECLI:EU:C:2018:871

CJUE (grande chambre), 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der
Wissenschaften eV contre Tetsuji Shimizu*.
Affaire C-684/16. ECLI:EU:C:2018:874

CJUE (première chambre), 6 décembre 2018, *IK*.
Affaire C-551/18 PPU. ECLI:EU:C:2018:991

CJUE (grande chambre), 22 janvier 2019, *Cresco Investigation GmbH*.
Affaire C-193/17. ECLI:EU:C:2019:43

CJUE (première chambre), 12 février 2019, *TC*.
Affaire C-492/18 PPU. ECLI:EU:C:2019:108

CJUE (grande chambre), 27 mai 2019, *OG et PI*.
Affaires jointes C-508/18 (*OG*) et C-82/19 PPU (*PI*). Concl. M. Campos Sanchez-Bordona.
ECLI:EU:C:2019:456

CJUE (grande chambre), 27 mai 2019, *PF*.
Affaire C-509/18. ECLI:EU:C:2019:457

CJUE (grande chambre), 24 juin 2019, *Commission européenne contre République de Pologne*. Recours en manquement au titre de l'article 258 TFUE.
Affaire C-619/18. ECLI:EU:C:2019:531

CJUE (grande chambre), 24 juin 2019, *D.-A. Poplawski*.
Affaire C-573/17. ECLI:EU:C:2019:530

CJUE (deuxième chambre), 9 octobre 2019, *NJ*.
Affaire C-489/19 PPU. ECLI:EU:C:2019:849

CJUE (grande chambre), 15 octobre 2019, *Dumitru-Tudor Dorobantu*.
Affaire C-128/18. Concl. M. Campos Sanchez-Bordona. ECLI:EU:C:2019:857

CJUE (première chambre), 24 octobre 2019, *Gavanozov contre Bulgarie*.
Affaire C-324/17. Concl. Y. Bot. ECLI:EU:C:2019:892

CJUE (grande chambre), 5 novembre 2019, *Commission européenne contre République de Pologne*. Recours en manquement au titre de l'article 258 TFUE.
Affaire C-192/18. ECLI:EU:C:2019:924

CJUE (grande chambre), 19 novembre 2019, *A. K. contre Krajowa Rada Sądownictwa et CP et DO contre Sąd Najwyższy*.
Affaires jointes C-585/18, C-624/18 et C-625/18. ECLI:EU:C:2019:982

CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *JR & YC*.
Affaire JR (C-566/19 PPU), YC (C-626/19 PPU). Concl. M. Campos Sanchez-Bordona.
ECLI:EU:C:2019:1077

CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *XD*.
Affaire C-625/19 PPU. ECLI:EU:C:2019:1078

CJUE (première chambre), 12 décembre 2019, *ZB*.
Affaire C-627/19 PPU. ECLI:EU:C:2019:1079

CJUE (troisième chambre), 21 janvier 2020, *MN*.
Affaire C-813/19 PPU. ECLI:EU:C:2020:31

CJUE (quatrième chambre), 11 mars 2020, *SF*.
Affaire C-314/18. ECLI:EU:C:2020:191

CJUE (deuxième chambre), 12 mars 2020, *VW*.
Affaire C-659/18. ECLI:EU:C:2020:201

CJUE (grande chambre), 26 mars 2020, *Miasto Łowicz contre Skarb Państwa – Wojewoda Łódzki et Prokurator Generalny contre VX e.a.*
Affaires jointes C-558/18 & C-563/18. ECLI:EU:C:2020:234

CJUE (grande chambre), 26 mars 2020, *Simpson v. Council et HG v. Commission*.
Affaires jointes C-542/18 RX-II & C-543/18 RX-II. ECLI:EU:C:2020:232

CJUE (grande chambre), 8 avril 2020, *Commission européenne contre République de Pologne*.
Affaire C-791/19 R. ECLI:EU:C:2020:277

CJUE (grande chambre), 24 novembre 2020, *Procédure pénale contre AZ*.
Affaire C-510/19. ECLI:EU:C:2020:953

CJUE (grande chambre), 8 décembre 2020, *A et a.*
Affaire C-584/19. Concl. M. Campos Sanchez-Bordona. ECLI:EU:C:2020:1002

CJUE (grande chambre), 17 décembre 2020, *L et P*.
Affaires jointes C-354/20 PPU et C-412/20 PPU. EU:C:2020:1033

CJUE (troisième chambre), 13 janvier 2021, *MM*.
Affaire C-414/20 PPU. ECLI:EU:C:2021:4

CJUE (grande chambre), 15 juillet 2021, *Commission européenne contre République de Pologne*.
Affaire C-791/19. ECLI:EU:C:2021:596

CJUE (première chambre), 11 novembre 2021, *Gavanozov II*.
Affaire C 852/19. Concl. M. Bobek. ECLI:EU:C:2021:902

CJUE (quatrième chambre), 16 décembre 2021, *HP*.
Affaire C-724/19. Concl. M. Campos Sanchez-Bordona. ECLI:EU:C:2021:1020

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH (plénière), 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, (Requête n°7367/76).

CEDH (plénière), 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, (Requête n°14038/88).

CEDH (troisième section), 2 mai 2000, *Condron c. Royaume-Uni*, (Requête n°35718/97)

CEDH (première section), 3 juillet 2001, *Nivette c. France*, (Requête n°44190/98)

CEDH (grande chambre), 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, (Requête n°45036/98).

CEDH (grande chambre), 1er mars 2006, *Sedjovic c. Italie*, (Requête n° 56581/00)

CEDH (deuxième section), 9 mai 2006, *Abu Salem c. Portugal*, (Requête n°26844/04)

CEDH (cinquième section), 20 février 2007, *Al-Moayad c. Allemagne*, (Requête n°35865/03)

CEDH (deuxième section), 20 avril 2010, *Villa c. Italie*, (Requête n°19675/06)

CEDH (grande chambre), 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, (Requête n°30696/09).

CEDH (cinquième section), 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, (Requête n°12323/11).

CEDH (deuxième section), du 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, (Requête n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10)

CEDH (quatrième section), 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, (Requêtes n°66069/09, 130/10 et 3896/10)

CEDH (deuxième section), 8 avril 2014, *Dhahbi c. Italie*, (Requête n°17120/09)

CEDH (ancienne cinquième section, 4 septembre 2014, *Trabelsi c. Belgique*, (Requête n°140/10)

CEDH (grande chambre), 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, (Requête n°29217/12).

CEDH (deuxième section), 10 mars 2015, *Varga et autres c. Hongrie*, (Requêtes n°14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 et 64586/13).

CEDH (quatrième section), 21 juillet 2015, *Schipani et autres c. Italie*, (Requête n°38369/09)

CEDH (grande chambre), 28 septembre 2015, *Bouyid c. Belgique*, (Requête n°23380/09)

CEDH (grande chambre), 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*, (Requête n°17502/07).

CEDH (grande chambre), 20 octobre 2016, *Muršić c. Croatie*, (Requête n°7334/13)

CEDH (deuxième section), 17 avril 2018, *Pirozzi c. Belgique*, (Requête n°21055/11)

CEDH (première section), 13 juin 2019, *Marcello Viola c. Italie* (n°2), (Requête n°77633/16)

CEDH (deuxième section), 9 juillet 2019, *Romeo Castaño c. Belgique*, (Requête n°8351/17)

Requête de la CEDH communiquée aux gouvernements italien et allemand, le 3 novembre 2019, *Alosa et autres c. Italie et Allemagne*, (Requête n°20004/18).

CEDH (cinquième section), 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c. France*, (Requête n°9671/15 et autres)

CEDH (cinquième section), 25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c. France*, (Requêtes n°40324/16 et 12623/17)

Juridictions nationales :

Cour constitutionnelle allemande :

BVerfG, *Solange I*, 29 mai 1974, 2 BvL 52/71.

BVerfG, *Solange II*, 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83.

BVerfG, zum Beschluss des Ersten Senats vom 4. Oktober 2011, 1 BvL 3/08 , Rn. (1-72), ECLI:DE:BVerfG:2011:ls20111004.1bvl000308

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14, Rn. (1-126), ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514.

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016, 2 BvR 2728/13, Rn. (1-220), ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813

BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 06. September 2016, 2 BvR 890/16 -, Rn. (1-46), ECLI:DE:BVerfG:2016:rk20160906.2bvr089016

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Dezember 2017, 2 BvR 424/17, Rn. (1-61), ECLI:DE:BVerfG:2017:rs20171219.2bvr042417

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019, 1 BvR 16/13, Rn. (1-157), ECLI:DE:BVerfG:2019:rs20191106.1bvr001613

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019, 1 BvR 276/17, Rn. (1-142), ECLI:DE:BVerfG:2019:rs20191106.1bvr027617

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 1. Dezember 2020, 2 BvR 1845/18 & 2 BvR 2100/18, Rn. (1-85), ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20201201.2bvr184518

Autre juridiction allemande :

Oberlandesgericht Karlsruhe, Beschluss des Ersten Strafsenat vom 17. Februar 2020, 301 AR 156/19.

Cour de cassation :

Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556, « *Société des Cafés Jacques Vabre* »

Cass. crim. 12 mai 2010, n°10-82.746.

Cass crim. 22 septembre 2010 n°10-86.237

Cass. crim. 28 février 2012, n°12-80.744.

Cass. crim. 20 mai 2014, n°14-83.138.

Cass. crim. 5 mai 2015, n°15-82.108.

Cass. crim. 12 avril 2016, n°16-82.175.

Cass. crim. 12 avril 2016, n°16-81.891.

Cass. crim. 1er juin 2016, n°16-83.398.

Cass. crim. 12 juillet 2016, n°16-84.000.

Cass. crim. 27 juillet 2016, n°16-84.592.
Cass. crim. 10 août 2016, n°16-84.723.
Cass. crim. 10 août 2016, n°16-84.725.
Cass. crim. 6 septembre 2016, n°16-85.011.
Cass. crim. 6 septembre 2016, n°16-85.014
Cass. crim. 21 septembre 2016, n° 16-90.019.
Cass. crim. 13 décembre 2016, n° 16-86.860.
Cass. crim. 2 mai 2018, n°18-82.167
Cass. crim. 24 juillet 2019, n°19-84.167
Cass. crim. 20 octobre 2021, n°21-85.583

Conseil d'état :

CE ass., *Société Arcelor Atlantique Lorraine*, 8 février 2007, n°287110
CE 9e et 10e sous-sections réunies, *M. B.*, 14 mai 2010, n°312305
CE ass., *French Data*, 21 avril 2021, n°393099
CE ass., *G.Q.*, 17 décembre 2021, n°437125

Conseil constitutionnel français :

Conseil constitutionnel français, décision CC n° 74-54 DC du 15 janvier 1975
Conseil constitutionnel français, décision CC 2004-496 DC du 10 juin 2004
Conseil constitutionnel français, décision CC 2004-497 DC du 1er juillet 2004
Conseil constitutionnel français, décision CC 2004-498 DC du 29 juillet 2004
Conseil constitutionnel français, décision CC 2004-499 DC du 29 juillet 2004
Conseil constitutionnel français, décision CC 2004-505 DC du 19 novembre 2004
et son commentaire dans *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 18.
Conseil constitutionnel français, décision CC 2006-535 DC du 30 mars 2006
Conseil constitutionnel français, décision CC 2006-540 DC du 27 juillet 2006
Conseil constitutionnel français, décision CC 2006-543 DC du 30 novembre 2006
Conseil constitutionnel français, décision CC 2010-605 DC du 12 mai 2010
Conseil constitutionnel français, décision CC 2013-314P QPC du 4 avril 2013
Conseil constitutionnel français, décision CC 2017-680 QPC du 8 décembre 2017
Conseil constitutionnel français, décision CC 2018-765 DC du 12 juin 2018
Conseil constitutionnel français, décision CC 2021-940 QPC du 15 octobre 2021

Conseil judiciaire de la Cour d'appel d'Athènes :

Décision 1/2016 du Conseil judiciaire de la Cour d'appel d'Athènes.
Décision 2/2016 du Conseil judiciaire de la Cour d'appel d'Athènes.
Décision 3/2016 du Conseil judiciaire de la Cour d'appel d'Athènes.
Décision 4/2016 du Conseil judiciaire de la Cour d'appel d'Athènes.
Décision 5/2016 du Conseil judiciaire de la Cour d'appel d'Athènes.
Décision 6/2016 du Conseil judiciaire de la Cour d'appel d'Athènes.

Haute Cour de Justice britannique :

High Court of Justice (Queen's Bench Division), *Sandru c. Roumanie*, 28 octobre 2009, (2009) EWHC 2879 (Admin).

Cour constitutionnelle tchèque :

Cour constitutionnelle tchèque, 3 mai 2006, PI ÛS 66/04.

Cour constitutionnelle tchèque, 31 janvier 2012, PI ÛS 5/12.

Cour constitutionnelle italienne :

Cour constitutionnelle italienne, *Frontini et Pozzani*, 27 décembre 1973, décision n°183

Cour constitutionnelle italienne, *Granital*, 8 juin 1984, décision n°170

Cour constitutionnelle italienne, *Société FRAGD*, 13 avril 1989, décision n°232.

Cour constitutionnelle italienne, 26 janvier 2017, ordonnance n°24.

Cour constitutionnelle italienne, 31 mai 2018, décision n°115.

Cour constitutionnelle hongroise :

Cour constitutionnelle hongroise, décision 22/2016. (XII. 5.) AB relative à l'interprétation de l'article E) (2) de la Loi Fondamentale.

Cour constitutionnelle danoise :

Cour constitutionnelle danoise, 6 décembre 2016, n°15/2014, « Ajos ».

TABLE DES MATIÈRES :

| | |
|--|-----|
| SOMMAIRE : | 3 |
| Liste des abréviations : | 4 |
| INTRODUCTION : | 9 |
| PARTIE I: L'articulation théorique des principes structurants : une adaptation au regard des droits fondamentaux | 50 |
| CHAPITRE 1: L'approfondissement de la confiance mutuelle : de l'obligation formelle à l'exception concrète en vertu de la protection des droits fondamentaux | 51 |
| Section 1: Un degré de confiance mutuelle élevé : la protection d'abord présumée et abstraite des droits fondamentaux | 52 |
| 1) La protection des droits fondamentaux dans les textes, fondement de la confiance mutuelle | 53 |
| a) Le TUE : Un ordre juridique protecteur autonome et intégré | 56 |
| b) La Charte des droits fondamentaux de l'UE en tant que texte spécialisé de l'Union | 64 |
| c) La concrétisation a minima par les directives relatives aux droits procéduraux dans la procédure pénale | 73 |
| 2) Une forte présomption de confiance mutuelle : d'une (quasi-)irréfragabilité à une réfragabilité exceptionnelle | 84 |
| a) L'irréfragabilité de la présomption de confiance mutuelle dans sa globalité : l'impasse politique | 86 |
| b) Le refus initial d'une alternative judiciaire ponctuelle : l'absence de motif de non-exécution du MAE relatif à la violation des droits fondamentaux | 98 |
| Section 2: La reconnaissance encadrée d'exceptions à la confiance mutuelle : la concrétisation progressive de la protection des droits fondamentaux | 110 |
| 1) La concrétisation limitée de l'obligation générale du respect des droits fondamentaux : un motif de non-exécution relatif à certains droits fondamentaux de l'Union | 115 |
| a) La concrétisation de l'interdiction absolue des traitements inhumains ou dégradants et de la torture de l'article 4 CDFUE | 117 |
| b) La procéduralisation de la protection dans la cadre du droit à un procès équitable de l'article 47 alinéa 2 CDFUE | 127 |
| 2) Les conditions d'application du motif de non-exécution : une concrétisation des droits fondamentaux relevant de la stricte exception | 138 |
| a) Le contrôle in abstracto du respect des droits fondamentaux : la garantie d'une réfragabilité exceptionnelle de la présomption de confiance mutuelle | 139 |
| b) Le contrôle in concreto du respect des droits fondamentaux : la garantie de la réfragabilité ponctuelle de la présomption de confiance mutuelle | 149 |
| CHAPITRE 2: La relation variable des droits fondamentaux et du principe de primauté dans un système de protection multi-niveaux | 162 |

| | |
|---|-----|
| Section 1: Les droits fondamentaux de l'Union : vecteurs limités d'autonomie et de primauté du droit de l'Union au niveau européen | 164 |
| 1) La définition d'une protection autonome « suffisante » par la CJUE : la complémentarité progressive de la primauté et des droits fondamentaux de l'Union | 165 |
| a) L'obligation de reconnaissance mutuelle : la primauté d'une protection autonome abstraite | 167 |
| b) La reconnaissance d'un motif de non-exécution : une protection concrète et autonome des droits fondamentaux au secours du principe de primauté | 178 |
| 2) La marge d'appréciation des autorités judiciaires : élément de la primauté et de l'autonomie du droit de l'Union | 189 |
| a) Le resserrement de la marge d'appréciation par la Cour de justice de l'Union : une standardisation renforcée de la protection autonome des droits fondamentaux | 190 |
| b) Le contrôle de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'Homme | 203 |
| Section 2: Les droits fondamentaux : vecteur de relativisation du principe de primauté au niveau des juridictions suprêmes et constitutionnelles nationales | 218 |
| 1) L'identité constitutionnelle nationale : la revendication d'une stricte limite à la primauté du droit de l'Union européenne | 219 |
| a) La protection de la dignité humaine par la Cour constitutionnelle allemande : un « remède » à la primauté absolue d'un droit de l'Union insuffisamment protecteur | 222 |
| b) L'identité constitutionnelle à visée sécuritaire du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat français : une limite critiquable à la primauté du droit de l'Union | 234 |
| 2) La participation à la protection « européenne » des droits fondamentaux : une condition à la primauté formelle du droit de l'Union européenne | 248 |
| a) L'emploi unique de la CEDH par la Cour de cassation française : un développement externe du motif de non-exécution du MAE | 250 |
| b) L'emploi alternatif de la Charte par la Cour constitutionnelle allemande : une participation directe à la définition de la protection « autonome » des droits fondamentaux | 263 |
| PARTIE II: Les enjeux actuels de la coopération judiciaire pénale : une cohérence globale difficile de l'articulation des principes structurants | 279 |
| CHAPITRE 1: Un développement qualitativement variable de la protection autonome des droits fondamentaux dans le cadre du MAE et de la DEE | 280 |
| Section 1: L'absence de stabilité de la notion « d'autorité judiciaire » : une condition préalable à la reconnaissance mutuelle insuffisamment anticipée | 281 |
| 1) Une notion autonome souple et variable d'« autorité judiciaire » a priori favorable à l'efficacité du MAE et de la DEE | 284 |
| a) Une première exigence fonctionnelle : la participation à l'administration de la justice ou le critère de compétence de l'autorité judiciaire | 286 |
| b) Une deuxième exigence variable d'indépendance : une qualité intrinsèque sous-estimée | 298 |

| | |
|---|-----|
| 2) L'inscription ambiguë de la notion d'autorité judiciaire dans les systèmes de protection du MAE et de la DEE : l'absence de cohésion générale | 310 |
| a) Une valeur inégale de la décision « judiciaire » dans la cadre du MAE et de la DEE | 312 |
| b) La modulation de la protection juridictionnelle effective au regard de la protection judiciaire | 325 |
| Section 2: Les difficultés de mise en œuvre de la méthodologie Aranyosi : un encadrement excessif de la protection concrète des droits fondamentaux ? | 338 |
| 1) La portée de la méthodologie du contrôle en deux étapes dans le cadre du MAE | 340 |
| 2) L'obligation discutable de report : une étape excessivement tournée vers l'efficacité du MAE | 355 |
| 3) Le système européenisé des assurances face à un risque avéré | 367 |
| 4) Une transposition méthodologique questionnable dans le cadre de la DEE | 380 |
| CHAPITRE 2: Le nouveau Parquet européen : la (dés-)articulation originale des principes structurants ? | 395 |
| Section 1: La création d'une autorité judiciaire européenne dans un cadre insuffisamment harmonisé : une présomption de confiance aux effets limités | 397 |
| 1) Une autorité judiciaire autonome mais intégrée : indépendance et hiérarchie « multi-niveaux » | 398 |
| a) Le niveau décisionnel central : un pouvoir hiérarchique indépendant mais complexe | 402 |
| b) Le niveau opérationnel décentralisé : un acteur nécessairement « double » mais source d'ambiguïté | 415 |
| 2) Le déclenchement incertain des enquêtes du Parquet européen : la primauté d'un droit de l'Union insuffisamment précis | 425 |
| a) Une priorité contrariée de l'action du Parquet européen | 426 |
| b) L'accès aux informations et leur évaluation préalables : une dépendance à des systèmes nationaux divergents | 440 |
| Section 2: La définition insuffisamment européenisée des pouvoirs d'enquête et de poursuite du Parquet européen | 453 |
| 1) L'absence d'efficacité et de protection équivalentes des mesures d'enquête du Parquet européen | 454 |
| a) Un procureur européen délégué aux pouvoirs d'enquête largement nationalisés | 457 |
| b) Un régime juridique inadapté aux enquêtes transfrontières | 472 |
| 2) L'engagement encadré des poursuites par le Parquet européen : un principe de légalité atténué | 485 |
| a) La décision de poursuite : une obligation européenne dans un cadre national | 487 |
| b) Les alternatives aux poursuites : une adaptation européenne conditionnée de la réponse pénale | 498 |
| CONCLUSION DE THÈSE : | 509 |

| | |
|--|-----|
| Deutsche Zusammenfassung : | 511 |
| Einleitung : | 511 |
| TEIL I: Das theoretische Verhältnis zwischen den strukturierenden Grundsätzen: eine Anpassung im Hinblick auf die Grundrechte | 517 |
| Kapitel 1: Die Vertiefung des gegenseitigen Vertrauens: von der formalen Verpflichtung zur konkreten Ausnahme aufgrund des Schutzes der Grundrechte | 517 |
| Abschnitt 1: Ein hohes gegenseitiges Vertrauen: der zunächst vermutete und abstrakte Schutz der Grundrechte | 517 |
| 1) Der textlich niedergelegte Schutz der Grundrechte, Grundlage für das gegenseitige Vertrauen | 518 |
| a) EUV: eine autonome und integrierte Schutzrechtsordnung | 518 |
| b) Die GR-Charta als spezialisierter Text der Union | 519 |
| c) Die Minimalverwirklichung durch die Richtlinien über die Verfahrensrechte im Strafverfahren | 520 |
| 2) Eine starke Vermutung des gegenseitigen Vertrauens: von einer (Quasi-)Unwiderlegbarkeit zu einer außergewöhnlichen Widerlegbarkeit | 521 |
| a) Die Unwiderlegbarkeit der Vermutung gegenseitigen Vertrauens in ihrer Gesamtheit: die politische Blockade | 522 |
| b) Die erstmalige Ablehnung einer punktuellen gerichtlichen Alternative: Das Fehlen eines Grund für die Nichtvollstreckung des EuHb | 523 |
| Abschnitt 2: Die begrenzte Anerkennung von Ausnahmen vom gegenseitigen Vertrauen: die schrittweise Konkretisierung des Schutzes der Grundrechte | 524 |
| 1) Die begrenzte Verwirklichung der allgemeinen Verpflichtung zur Achtung der Grundrechte: ein Grund für die Nichtvollstreckung in Bezug auf bestimmte Unionsgrundrechte | 524 |
| a) Die Verwirklichung des absoluten Verbots der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung und der Folter in Art. 4 GR-Charta | 525 |
| b) Die Prozeduralisierung des Schutzes im Rahmen des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 47 Abs. 2 GR-Charta | 526 |
| 2) Die Voraussetzungen für die Anwendung des Grundes der Nichtvollstreckung: eine Verwirklichung der Grundrechte unter einer strikten Ausnahme | 527 |
| a) Die in-abstracto-Prüfung der Achtung der Grundrechte: die Gewährleistung einer außergewöhnlichen Widerlegbarkeit der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens | 528 |
| b) Die in-concreto-Prüfung der Achtung der Grundrechte: die Gewährleistung der punktuellen Widerlegbarkeit der Vermutung des gegenseitigen Vertrauens | 529 |
| KAPITEL 2: Das variabel Verhältnis zwischen Grundrechten und dem Prinzip des Vorrangs in einem mehrstufigen Schutzsystem | 531 |
| Abschnitt 1: Die Grundrechte der Union: begrenzte Träger der Autonomie und des Vorrangs des Unionsrechts auf der europäischen Ebene | 531 |

| | |
|---|-----|
| 1) Die Definition eines „ausreichenden“ autonomen Schutzes durch den EuGH: die schrittweise Ergänzung des Vorrangs und der Unionsgrundrechte | 531 |
| a) Die Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung: Vorrang eines abstrakten autonomen Schutzes | 532 |
| b) Die Anerkennung eines Grundes für die Nichtvollstreckung: ein konkreter und autonomer Schutz der Grundrechte zur Rettung des Vorrangprinzips | 533 |
| 2) Der Ermessensspielraum der Justizbehörden zugunsten des Vorrangs und der Autonomie des EU-Rechts | 534 |
| a) Die Einengung des Ermessensspielraums durch den EuGH: die verstärkte Standardisierung des autonomen Grundrechtsschutzes | 535 |
| b) Die Überprüfung des Ermessensspielraums durch den EGMR | 536 |
| Abschnitt 2: Die Grundrechte: Vehikel zur Relativierung des Grundsatzes des Vorrangs auf der nationalen Ebene | 538 |
| 1) Die nationale Verfassungsidentität: die Forderung nach einer strikten Begrenzung des Vorrangs des EU-Rechts | 538 |
| a) Der Schutz der Menschenwürde durch das deutsche Bundesverfassungsgericht: ein „Heilmittel“ gegen den absoluten Vorrang eines unzureichend schützenden EU-Rechts | 539 |
| b) Die sicherheitsorientierte Verfassungsidentität des Conseil constitutionnel und des Conseil d’Etat: eine kritikwürdige Einschränkung des Vorrangs des EU-Rechts | 540 |
| 2) Die Beteiligung am „europäischen“ Schutz der Grundrechte: eine Voraussetzung des formalen Vorrangs des EU-Rechts | 542 |
| a) Die Anwendung der EMRK durch den Cour de Cassation: eine externe Entwicklung des Grund für die Nichtvollstreckung des EuHb | 543 |
| b) Die alternative Anwendung der GR-Charta durch das Bundesverfassungsgericht: direkte Teilnahme an der Definition des autonomen Schutzes der Grundrechte | 544 |
| TEIL II: Die andauernden Schwierigkeiten der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen: eine schwierige Kohärenz des Verhältnisses zwischen den strukturierenden Grundsätzen | 547 |
| Kapitel 1: Eine qualitativ unterschiedliche Entwicklung des autonomen Schutzes der Grundrechte im Rahmen des EuHb und der EEA | 547 |
| Abschnitt 1: Die fehlende Stabilität des Begriffs der Justizbehörde: eine unzureichend antizipierte Vorbedingung für die gegenseitige Anerkennung | 547 |
| 1) Ein flexibler und variabler autonomer Begriff der Justizbehörde, der die Wirksamkeit des EuHb und der EEA fördert | 548 |
| a) Eine erste funktionelle Anforderung : die Beteiligung an der Rechtspflege oder das Kriterium der Zuständigkeit der Justizbehörde | 548 |
| b) Eine variable zweite Anforderung an die Unabhängigkeit: eine unterschätzte inhärente Eigenschaft | 550 |
| 2) Die uneindeutig Verankerung des Begriffs der Justizbehörde in den Schutzsystemen des EAW und der EEA: das Fehlen eines allgemeinen Zusammenhangs | 551 |

| | |
|---|-----|
| a) Ein ungleicher Wert der „justiziellen“ Entscheidung im Rahmen des EuHb und der EEA | 552 |
| b) Die Modulation des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes im Hinblick auf den justiziellen Schutz | 554 |
| Abschnitt 2: Die Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Aranyosi-Methodik: ein übermäßiger Rahmen für den konkreten Schutz der Grundrechte? | 555 |
| 1) Der Umfang der Methodik der zweistufigen Prüfung im Rahmen des EuHb | 555 |
| 2) Die fragwürdige Verpflichtung zur Aufschiebung: ein zu sehr auf die Wirksamkeit des EuHb ausgerichteter Schritt | 557 |
| 3) Das europäisierte Zusicherungssystem angesichts eines erwiesenen Risikos | 558 |
| 4) Eine fragwürdige Umsetzung im Rahmen der EEA | 560 |
| KAPITEL 2: Die neue Europäische Staatsanwaltschaft: die besondere (Ent-)Kopplung der strukturierenden Grundsätzen? | 562 |
| Abschnitt 1: Die Schaffung einer europäischen Justizbehörde in einem unzureichend harmonisierten Rahmen: eine Vertrauensvermutung mit begrenzten Auswirkungen | 562 |
| 1) Eine autonome aber integrierte Justizbehörde: eine mehrstufige Unabhängigkeit und Hierarchie | 562 |
| a) Die zentrale Entscheidungsebene: eine unabhängige aber komplexe hierarchische Macht | 563 |
| b) Die dezentralisierte operative Ebene: ein notwendigerweise „doppelter“ Akteur als Quelle einer Ambivalenz | 564 |
| 2) Die ungewisse Einleitung von Ermittlungen durch die Europäische Staatsanwaltschaft: der Vorrang eines nicht ausreichend präzisen Unionsrechts | 566 |
| a) Eine durchkreuzte Handlungspriorität der Europäischen Staatsanwaltschaft | 566 |
| b) Der Zugang zu Informationen und ihre Vorabbewertung : eine Abhängigkeit von divergierenden nationalen Systemen | 567 |
| Abschnitt 2: Die unzureichende europäisierte Definition der Ermittlungs- und Strafverfolgungsbefugnisse der Europäischen Staatsanwaltschaft | 569 |
| 1) Das Fehlen einer gleichwertigen Wirksamkeit und eines gleichwertigen Schutzes der Ermittlungsmaßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft | 569 |
| a) Ein Delegierter Europäischer Staatsanwalt mit weitgehend nationalisierten Ermittlungsbefugnissen | 569 |
| b) Ein ungeeignetes Rechtssystem für grenzüberschreitende Ermittlungen | 571 |
| 2) Die eingeschränkte Einleitung von Strafverfolgungsmaßnahmen durch die Europäische Staatsanwaltschaft: ein abgeschwächtes Legalitätsprinzip | 572 |
| a) Der Verfolgungsbeschluss: eine europäische Verpflichtung in einem nationalen Rahmen | 572 |
| b) Alternativ zur Strafverfolgung: eine bedingte europäische Anpassung der strafrechtlichen Antwort | 573 |

| | |
|--|-----|
| Abschluss der Dissertation : | 576 |
| OUVRAGES | 578 |
| Ouvrages généraux : | 578 |
| Monographies, thèses, mémoires, mélanges : | 578 |
| Articles : | 581 |
| Sitographie : | 597 |
| DOCUMENTS OFFICIELS | 605 |
| TEXTES DE DROIT | 609 |
| JURISPRUDENCES | 613 |
| TABLE DES MATIÈRES : | 624 |

L'articulation des principes structurants de la coopération judiciaire pénale de l'ELSJ – Une approche de droit européen, français et allemand / Das Verhältnis zwischen den strukturierenden Grundsätzen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen im RFSR – Eine Annäherung aus der Sicht des europäischen, französischen und deutschen Rechts

Résumé

La présente thèse est consacrée à l'étude et la critique de l'articulation des principes structurants de la coopération judiciaire pénale mis en avant par la CJUE au sein de l'ELSJ - le principe de respect des droits fondamentaux, le principe de primauté du droit de l'Union et le principe de confiance mutuelle - au regard de ses objectifs d'efficacité, d'autonomie et de validité. La compréhension des enjeux de cette articulation ainsi que l'analyse des difficultés actuelles persistantes s'appuient sur l'étude de la mise en oeuvre des instruments de reconnaissance mutuelle du mandat d'arrêt européen et de la décision d'enquête européenne ainsi que la mise en place du nouveau Parquet européen. La thèse propose un point de vue européen sur la question mais observe aussi la réaction d'autres acteurs de la coopération judiciaire pénale, en particulier la Cour européenne des droits de l'Homme et les juridictions constitutionnelles et suprêmes des systèmes français et allemands.

Mots-clés : Droit de l'Union européenne - Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice - Coopération judiciaire pénale - droits fondamentaux - principe de primauté du droit de l'Union européenne - confiance mutuelle - mandat d'arrêt européen - décision d'enquête européenne - Parquet européen - CJUE - Allemagne - France

Abstract

This thesis is devoted to the study and criticism of the articulation of the structuring principles of judicial cooperation in criminal matters as put forward by the CJEU within the AFSJ - the principle of respect for fundamental rights, the principle of primacy of Union law and the principle of mutual trust - with regard to its objectives of effectiveness, autonomy and validity. The understanding of the stakes of this articulation as well as the analysis of the current persistent difficulties are based on the study of the implementation of the instruments of mutual recognition of the European Arrest Warrant and the European Investigation Order as well as the setting up of the new European Public Prosecutor's Office. The thesis offers a European perspective on the issue but also looks at the reaction of some other actors in criminal judicial cooperation, in particular the European Court of Human Rights and the constitutional and supreme courts of the French and German systems.

Keywords : European Union law - Area of Freedom, Security and Justice - Judicial cooperation in criminal matters - fundamental rights - principle of primacy of European Union law - mutual trust - European arrest warrant - European Investigation Order - European Public Prosecutor's Office - CJEU - Germany - France